

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**Responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho
colombiano**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Óscar Peña Mateus

Director

Juan Alfonso Santamaría Pastor

Madrid, 2013

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



TESIS DOCTORAL

Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho colombiano

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Oscar Peña Mateus

Director
Juan Alfonso Santamaría Pastor

Madrid, 2012

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho colombiano

Oscar Peña Mateus

Memoria de tesis doctoral presentada para optar al título de
Doctor en Problemas Actuales de Derecho Administrativo por la
Universidad Complutense de Madrid

Director:

Dr. Juan Alfonso Santamaría Pastor

Madrid 2012

Calificación

Firma del Director de la memoria de tesis

Firma del Director del Departamento

Firma del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Firma del Secretario del Departamento

Agradecimientos

Doy gracias a Dios Padre, en el nombre del Señor Jesucristo, por haberme dado a través del Espíritu Santo la sabiduría, la inteligencia y el conocimiento para terminar en hora buena esta memoria de tesis.

A D. Juan Alfonso Santamaría Pastor, por sus muy pertinentes y necesarias observaciones, realizadas a partir de su detallada reflexión, derivada de su experiencia como ilustre abogado y catedrático, con reconocimiento nacional e internacional.

A D. Fernando González Botija, por su amistad incondicional y orientación académica.

A mi padre Evelio Reinaldo Peña (q.e.p.d.) y a mi sobrina Karla Valentina (q.e.p.d.), quienes en vida apoyaron este proyecto. No obstante, el Señor Dios no les permitió verlo culminado.

A mi esposa Elba Ligia y a mi hijo Oscar David, por su amor y entrega sin condiciones.

A mi madre Eudilia Mateus, mis hermanas y hermanos, por su amor y colaboración.

A D. Antonio Pascua García, esposa e hijos por su confianza y cooperación decidida.

A D. Luis Regalado, su esposa Antonia García y su hija Adriana, por su asistencia, amistad y apoyo.

Índice general

	Pág.
Índice de figuras	1
Introducción	2
Capítulo I	7
1. La polémica de la teoría y la práctica de la responsabilidad del Estado legislador en el Derecho comparado	7
1.1. Francia	11
1.1.1. La primacía del Derecho Comunitario	11
1.1.2. La primera decisión judicial	12
1.1.3. La relevancia del caso francés	14
1.1.4. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador francés por el incumplimiento del Derecho Comunitario	16
1.1.5. ¿Está en crisis el legicentrismo en Francia?	19
1.2. Alemania	29
1.3. Italia	32
1.4. España	35
1.4.1. Primeras propuestas doctrinales	35
1.4.2. El precedente jurisprudencial	36
1.4.3. ¿El fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, está en la Constitución o en la Ley?	45
1.5. Reflexiones al presente capítulo	57

Capítulo II	63
2. El régimen general de la responsabilidad extracontractual de la Administración en Colombia	63
2.1. Introducción: el sistema general de la responsabilidad de la Administración en Derecho colombiano y sus diferentes temas y elementos	63
2.2. La responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1886	73
2.2.1. Según la Corte Suprema de Justicia	73
2.2.1.1. Primera etapa. La responsabilidad indirecta	74
2.2.1.2. Segunda etapa. Responsabilidad directa	75
2.2.2 Según el Consejo de Estado	78
2.2.3. Regímenes de responsabilidad	82
2.2.3.1 Régimen de responsabilidad subjetiva	87
2.2.3.1.1 Falla presunta del servicio	87
2.2.3.1.2. Falla probada del servicio	88
2.2.3.2 Régimen de responsabilidad objetiva	89
2.3. Responsabilidad del Estado a partir de 1991	91
2.3.1. Regímenes de responsabilidad y títulos jurídicos de imputación, aplicables a partir de 1991	95
2.3.2 El daño antijurídico	97
2.4. Reflexiones al presente capítulo	97
Capítulo III	101
3. El surgimiento de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia	101
3.1. Responsabilidad del Estado, derivada de Leyes constitucionales	112
3.2. Responsabilidad del Estado, derivada de Leyes declaradas inconstitucionales	120
3.3. Responsabilidad del Estado, derivada de Decretos con fuerza de Ley declarados inconstitucionales	127
3.4. Funciones de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia	132
3.5. Reflexiones al presente capítulo	133

Capítulo IV	138
4. La formación del sistema de responsabilidad	139
4.1. Los principios que originan la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en Colombia	141
4.1.1. Principio de igualdad ante las cargas públicas	141
4.1.1.1. La anormalidad del daño	143
4.1.1.2. La especialidad del daño	143
4.1.2. Principio de la falla del servicio	145
4.1.3. Principio de confianza legítima	148
4.2. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, sin falta, con falta y omisiones legislativas	155
4.2.1. Responsabilidad sin falta	159
4.2.2. Responsabilidad con falta	167
4.2.3. La omisión legislativa	170
4.2.3.1. Omisión legislativa absoluta	174
4.2.3.2. Omisión legislativa relativa	177
4.3. Reflexiones al presente capítulo	180
Capítulo V	183
5. Los Requisitos	183
5.1. Requisitos por la vulneración del Derecho francés al Derecho Comunitario	187
5.2. Requisitos por la vulneración del Derecho español al Derecho Comunitario	192
5.3. Requisitos en el Derecho colombiano	199
5.3.1. Requisitos materiales	201
5.3.1.1. El daño	201
5.3.1.1.1. Daños materiales	202
5.3.1.1.2. Daños morales	204
5.3.1.1.3. Daños derivados de la alteración grave de las condiciones de existencia	205
5.4. Formales	209
5.4.1. La vía procedente o de acción	209
5.4.1.1. Control de reparación directa	213

5.5. Principio de reparación integral	214
5.6. Reflexiones al presente capítulo	215
Capítulo VI	219
6. ¿Puede ser promulgada una Ley a sabiendas de que causará un daño? ¿Qué pasa con la Ley antitabaco, en España y Colombia?	219
6.1 La nueva Ley antitabaco en el Derecho español	232
6.2. Definiciones de la Ley 28/2005 y la Ley 42/2010	235
6.1.1. ¿Se puede considerar acertada una política de limitación y prohibición, sin prevención efectiva?	243
6.3. La Ley antitabaco colombiana	248
6.4. ¿Existen actualmente en los Ordenamientos jurídicos español y colombiano, directrices sobre técnica legislativa? ¿En caso afirmativo, por qué no se han tenido en cuenta?	251
6.5. Reflexiones al presente capítulo	253
Capítulo VII	257
7. Las energías renovables	257
7.1. Energía Eólica	260
7.1.1. ¿Qué es y de dónde procede?	263
7.1.2. Historia de la energía eólica	263
7.1.3. Condiciones de una localización de un parque eólico	267
7.2. Futuro de la energía eólica	268
7.3. Tecnología fotovoltaica	270
7.3.1. ¿Qué es la tecnología fotovoltaica?	271
7.4. Normativa en España	273
7.5 La situación actual de las renovables en España	277
7.6. Las renovables en Colombia	277
7.6.1. Régimen legal de las renovables en Colombia	282
7.7. Responsabilidad del Estado legislador en la regulación de energías renovables en España	286
7.7.1. Limitación de horas con derecho a retribución	287

7.7.2. Supresión de primas para instalaciones de potencia superior a 50 MW	288
7.7.3. Reducción extraordinaria de la tarifa fotovoltaica para las nuevas instalaciones	288
7.7.4. Real Decreto-ley 1/2012, de supresión de incentivos a las nuevas instalaciones eléctricas	289
7.7.4.1 ¿Cuáles fueron los incentivos económicos suprimidos?	290
7.8. La demanda contra el Gobierno español, por recortes a fotovoltaicas	291
7.9. Reflexiones al presente capítulo	294
Capítulo VIII	297
8. ¿Puede la Corte Constitucional en Colombia legislar o exhortar al Congreso para que legisle?	297
8.1. ¿Existe acaso un poder superconstitucional o invisible que no conozcamos?	303
8.2. El juez legislador	305
8.3. Sustitución constitucional	315
8.4. Juez constitucional	321
8.5. Justicia constitucional	333
8.6. Reflexiones al presente capítulo	338
Capítulo IX	343
9. La técnica legislativa	343
9.1. Leyes antiguas	345
9.2. El Derecho y la Ley	351
9.2.1. ¿Cuáles son los actos que tienen verdadero y propio carácter de Ley?	356
9.3. La técnica legislativa	359
9.3.1. Tradiciones en técnica legislativa	363
9.3.2. La técnica legislativa en Colombia	365
9.3.3. Técnica legislativa en España	375
9.4. ¿Son compatibles las normas de técnica legislativa vigentes en Colombia y España, con el artículo primero de sus Constituciones?	380
9.4.1. El aspecto antropológico	383

9.4.2. El aspecto sociológico	384
9.4.3. El aspecto económico	385
9.4.4. El aspecto político	387
9.4.5. El aspecto cultural	390
9.4.6. El aspecto de la realidad del país	392
9.5 Reflexiones al presente capítulo	394
 Capítulo X	 397
10. ¿Se puede decir que en Colombia existen “supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador”, como lo ha afirmado la Corte Constitucional?	397
10.1. Necesidad de la expedición de una Ley que reglamente las tres formas de indemnización que la Constitución colombiana prevé	406
10.2. ¿Da respuesta la Constitución a los problemas actuales de Colombia, en materia de expropiación, monopolios rentísticos y servicios públicos?	408
10.2.1. ¿A qué respuesta debe apuntar el Legislador?	411
10.3. Colombia, un país en el que la autoridad a quien se le confía la guarda de la Constitución, declara exequible una Ley que la vulnera	412
10.3.1. Temas polémicos de la Ley 1143 de 2007	414
10.4. Las Leyes 1143 de 2007 y 1166 de 2007, declaradas ajustadas a la Constitución, mediante Sentencias C-750/08 y C-751 de 2008, ¿vulneran el régimen constitucional de la expropiación, los monopolios rentísticos y los servicios públicos, contenidos en la Constitución?.	424
10.5. La Corte Constitucional de Colombia está actuando como una ‘supercorte’	428
10.6. Reflexiones al presente capítulo	431
 Conclusiones	 435
 Bibliografía	 441
 Direcciones electrónicas consultadas	 443

Índice de figuras

	Pág.
Gráfico 1. Energía Cinética	263
Gráfico 2. Parque eólico	267
Gráfico 3. Energía cinética en el mar	269
Gráfico 4. Plano de funcionamiento de una planta de tecnología fotovoltaica	272
Gráfico 5. Marco Legal (Real Decreto Ley 1 / 2012	293

Introducción

Esta memoria carente de toda innovación, al hilo de los distintos motivos que ha antepuesto la jurisprudencia para declarar la responsabilidad del Estado legislador, desde Duguít hasta nuestros días, antepone un interés por encontrar una respuesta a la gran pregunta: ¿cuál es el origen de los daños causados por el Legislador? La mayoría de los ciudadanos, adoptaron, a su exclusivo y unilateral criterio, que el Legislador al tener el privilegio de crear la Ley, facilita en los procesos legislativos la intervención de personas naturales o jurídicas; públicas o privadas, según el particular interés que cada uno de ellos tenga en el asunto, - hecho que consideran probado-.

Es muy de tener en cuenta también en el presente, que una regulación que se materialice en leyes y sentencias que garanticen la protección del interés general sobre la base de los límites que la Constitución establece, sería de gran utilidad. Pero quizá la jurisprudencia más esclarecedora aún no se ha dictado; aquella que deberá explícitamente referirse al factor que origina el daño, sus elementos individuales y estandarizados, porque en cada país los límites a los derechos son regulados por la Ley y observados por el juez de forma diferente.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español con el principio de confianza legítima, la jurisprudencia colombiana que habría podido tenerlo en cuenta, lo ha pasado por alto. De otro lado, como veremos, mientras la jurisprudencia francesa ha aplicado el principio de igualdad ante las cargas públicas, la jurisprudencia española le ha apuntado al principio de confianza legítima; mientras tanto, en Colombia los supuestos de hecho que han sido puestos en consideración al juez administrativo han sido decididos aplicando el principio de igualdad ante las cargas públicas, considerándose más apropiado el principio de la falla del servicio.

De modo que, desde esta óptica, nada nuevo se ha planteado, cuando es inescindible la técnica legislativa, en la presentación, discusión y aprobación de los proyectos, de sus principales elementos como son el antropológico, el económico, el político, el cultural, así como el de la realidad social de cada país, considerados parte integrante de la Ley misma. Esto es fundamental comprenderlo, así como su incidencia en la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

De forma que, resulta compatible con lo que la sociedad demanda, delimitar los deberes de las cargas. En este sentido, las Leyes deben tener previamente incluidos esos aspectos, indicándolos en forma concreta. De modo que, cuando ni siquiera esos asuntos son tenidos en cuenta por el Legislador en este momento, es previsible que ocurra el daño legislativo. De esta forma, las leyes seguirán causando daños en sucesivas ocasiones y tendrá el Estado que salir a la correspondiente reparación de los mismos. Esto supone una omisión del Estado legislador.

Cuestión distinta son los daños que eventualmente se causen habiendo sido expedida la Ley con la mayor diligencia en su proceso de formación, con una técnica legislativa exigente, no ya por meras razones de improvisación; hipótesis que hasta el momento no ha ocurrido, según el reflejo de la pluralidad de opiniones muy autorizadas a través de la jurisprudencia y la doctrina citadas. De ahí la importancia de no desconocer la identidad de cada país y antes de aplicar una doctrina extranjera, urge establecer un paralelismo, frente a su regulación para que su aplicación sea adecuada a los fines que le sirven de causa.

Resulta importante observar que el resultado dañino de una Ley se puede prevenir y en este sentido, la existencia de normas específicamente dirigidas a la técnica legislativa en Colombia y España, constituye la respuesta más genérica a la necesidad de la participación de todos los partidos políticos y como resultado de todo aquel debate la propuesta legislativa. Será preciso señalar, que hasta la fecha ese aspecto no ha tenido un desarrollo legislativo sostenible, esto es, poner en práctica la combinación de todos los elementos de técnica legislativa, nunca antes vistos en el proceso de elaboración y aprobación de la Ley.

El otro elemento esencial, que desarrollaremos, tiene que ver con las autoatribuciones legislativas que en Colombia ha adoptado la Corte Constitucional, que se ha venido imponiendo con la aprobación tácita del Legislador constitucionalmente establecido, constituyéndose en una fuerza expansiva negativa.

De modo que, en las diferentes etapas que idealmente se han articulado, en la jurisprudencia del Conseil d'Etat y del Tribunal Supremo; así como en la doctrina, desde Duguit, pasando por Santamaría Pastor, Alonso García, Galán Vioque, García de Enterría y tantos otros, que han dedicado extensos análisis a este asunto, no obstante sus valiosos aportes, hoy por hoy, el Legislador sigue expidiendo Leyes que causan daños, es decir que este tema es de rutina y sigue cobrando actualidad.

En Colombia, el Consejo de Estado ha tratado de reproducir las primeras teorías y para ello nada novedoso ha incorporado. Sin embargo, tanto en España con la Ley antitabaco y en Colombia con la Ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, por citar solo un ejemplo en cada país, la teoría que cuenta con varias décadas de vigencia, podría volver a ser materia de estudio, como consecuencia de daños que se causarían con la entrada en vigor de las citadas normativas.

Todo lo anterior se refleja en unos precisos momentos históricos y sea cual fuere la situación, mientras no se considere la posibilidad de que el Estado legislador exija a sus integrantes que estén previamente calificados y que el proceso legislativo sea planificado con reglas previamente establecidas, con identificación y aplicación de los más altos estándares de técnica legislativa, difícilmente se contemplará la posibilidad de que la actividad legislativa no cause daños.

Al considerar entonces la relación sujeto – objeto, que para el asunto materia de análisis sería la actividad legislativa, tendríamos que aceptar que la responsabilidad que originan las actuaciones del Legislador no son de naturaleza objetiva, sino subjetiva. En definitiva, teniendo en cuenta los diferentes factores que han de valorarse en la formación de la Ley, la falla del servicio sería el principio a considerar, porque como veremos, en todo lo hasta ahora

inventariado, no ha existido un argumento esgrimido por el Legislador que justifique los daños que causa y mucho menos que va a hacer todo lo posible por evitarlos.

Conforme a la realidad social de nuestro tiempo, en momentos en que existe preocupación por las finanzas públicas, sería muy oportuno valorar el impacto de las leyes que originan daños y de esa forma entrar a la fijación del justiprecio de los bienes y derechos afectados, no solo en Leyes expropiatorias sino las demás que tengan supuestos factibles de causar daños.

Resultaría muy interesante sobre este particular, que quienes tengan interés de formar parte del Legislativo, se prepararan en asuntos relativos al derecho de la legislación, tal y como lo hacen todos los aspirantes a cargos públicos. Es el razonamiento de planificación legislativa que se debiera exigir, para evitar por todos los medios las condenas derivadas de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Es entonces la inactividad del Legislador en varios asuntos de la vida de un país, uno de los aspectos a considerar para que el Legislador no siga causando daños como hasta ahora ha venido sucediendo.

En materia de expropiación, la construcción de una vía en la capital de Colombia, proyectada desde hace más de 50 años y donde aún falta por adquirir el 61% de los predios, comprueba que ni la expropiación con indemnización cumple el cometido que la Constitución le señala, por omisión del Legislador al no señalarle términos claros y específicos en la Ley para que estos asuntos tengan plazos perentorios y el Estado pueda ejecutar sin demora los proyectos que benefician a la población en general.

Debo manifestar mi gratitud por la cordial, amable y firme colaboración de mi director Doctor Juan Alfonso Santamaría Pastor, quien en 1982 afirmó¹:

“No puedo ocultar, sin embargo que esta modesta tarea, tiene para mí un valor de gratificación muy singular...”.

¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Apuntes de derecho administrativo*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid, 1982, p. 8.

Capítulo I

1. La polémica de la teoría y la práctica de la responsabilidad del Estado legislador en el Derecho comparado

El Derecho Administrativo viene estudiando desde hace más de un siglo el tema de la responsabilidad del Estado legislador, no obstante en este nuevo milenio existen opiniones que la consideran como una expresión ambigua, equívoca e incompleta².

En España, el artículo 9.3 de la Constitución y el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, modificado por el artículo 1.36 de la Ley 4/1999³, regula la responsabilidad de las Administraciones públicas que se enumeran en su artículo 2. Contiene dos preceptos que hacen referencia a la posible responsabilidad derivada de actos legislativos y de la función jurisdiccional: los números 3 y 4 del artículo 139; por tanto, cuando se habla de responsabilidad del Estado legislador, se refiere a las actuaciones del poder legislativo, muy distinta de la de los restantes poderes públicos.

Siguiendo a González Pérez⁴, la responsabilidad del Estado por actos legislativos está todavía lejos de su consagración con carácter general en los Ordenamientos jurídicos. La idea

² Cfr. GALÁN VIOQUE, Roberto. *La Responsabilidad del Estado Legislador*. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 2001. pp. 33.

³ Cfr. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículo 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas. 1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. 2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación. (Modificado por el artículo 1.36 de la Ley 4/1999, de 13 de enero).

⁴ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2006. pp. 59.

de que el Estado, en su faceta legislativa, está colocado por encima de la obligación general de indemnizar y, por tanto, únicamente es responsable de los daños que ocasione al legislar cuando la propia Ley lo establezca, todavía está latente en los distintos Ordenamientos. Sin embargo, cada día se extiende con mayor fuerza la idea de que tampoco en el ejercicio de la función legislativa el Estado está exento de los daños que pueda ocasionar, muy superiores en cuantía y extensión a los que puede producir al administrar; y hasta se llega a extender la responsabilidad en el ejercicio del poder constituyente (al constituyente derivado).

La responsabilidad del Estado legislador se ha planteado normalmente cuando se han promulgado leyes de las que se han derivado perjuicios patrimoniales. Para un sector de la población que se encontraba en la misma situación (leyes sobre nacionalización, leyes implantando monopolios o calificando de dominio público bienes que antes lo eran patrimoniales); y argumentos aducidos a favor y en contra de la responsabilidad patrimonial del Estado y consiguiente obligación de indemnizar se han repetido en la doctrina de los distintos países. Estos se han multiplicado en España con motivo de la aplicación de algunas leyes y, sobre todo, por las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que no difieren mucho de las que, en ocasiones análogas, se han producido en otros países⁵.

El tema se popularizó en la doctrina española a partir de la sobresaliente monografía de Santamaría Pastor⁶, quien cita a Duguit⁷, como el precursor de esta idea, en su momento revolucionaria; y ha pasado tanto a los textos legales (es el caso de España) como a algunas Constituciones, como la de Colombia, en forma tácita. Unas y otras normas reconocen a los particulares el derecho a ser resarcidos por los daños que las leyes les causen, tanto si tales leyes se ajustan a la Constitución, como, con mayor motivo, si son declaradas inválidas por haber vulnerado la norma suprema⁸.

⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2006. pp. 60.

⁶ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista de Administración Pública No. 68, 1972, pp.57 y ss. En este trabajo examina la evolución del tema en Francia, Alemania e Italia. También es citado por Garrido Falla en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Edit. Tecnos. 1991. pp. 202 y ss.

⁷ Cfr. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemoing & C, Editeur, Tome Troisième. pp. 5551 y 573 Paris, 1923.

⁸ Cfr. GALÁN VIOQUE, Roberto. *La Responsabilidad del Estado Legislador*. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 2001. pp. 36.

La responsabilidad por actos del Legislador va a desplegar sus efectos frente a toda clase de leyes que aprueben las fuerzas políticas que en cada momento histórico tengan mayoría en el Congreso, con independencia de su ideología política⁹, y también cuando la invalidez de una norma con rango de Ley es dictada por jurisdicciones internacionales. Es el caso, en Europa, de las declaradas por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁰, que por su general eficacia retroactiva pueden dar lugar a acciones indemnizatorias.

Sólo con carácter excepcional el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica y teniendo en cuenta los graves trastornos a que su sentencia podría dar lugar en cuanto al pasado en las relaciones jurídicas de buena fe, puede verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen la disposición interpretada con el fin de volver a cuestionar esas relaciones jurídicas¹¹. El Tribunal de Justicia sólo ha recurrido a esa solución cuando concurren dos requisitos: la buena fe del Estado infractor (error vencible o invencible) y la elevada cuantía de los perjuicios. En efecto, a este respecto señala que cabe limitar temporalmente los efectos de una sentencia cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados

⁹ *Ibíd.* Citando a LÓPEZ MENUDO, expresa: “en su Principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas, Instituto García Oviedo, No. 51, Sevilla 1982, pp. 39, advierte elocuentemente el error de acudir a criterios extrajurídicos reduciendo un discurso jurídico a un simplificador criterio político basado en la distinción entre posturas conservadoras y progresistas, para enjuiciar cualquier institución jurídica refiriéndose, en concreto, a la figura de la irretroactividad de las normas jurídicas.

Y para demostrar esta afirmación aporta un ejemplo absolutamente concluyente. Los revolucionarios franceses para poner en marcha sus proyectos de transformación social daban carácter retroactivo a muchas de las leyes que aprobaba su Asamblea. Posteriormente, cuando asume el poder el Directorio, dominado por la burguesía, se da marcha atrás a buena parte de estas reformas empleando otra vez la figura de la retroactividad. Como recoge LÓPEZ MENUDO los fustigados pasaron a ser fustigadores”.

¹⁰ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislator en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009. pp. 110-114.

¹¹ *Ibíd.* *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislator en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009. pp. 111. Citando SSTJCE de 2 de febrero de 1988 (asunto Bruno Barra contra Bélgica y Ayuntamiento de Lieja, & 12 (309/85); de 16 de julio de 1992 (asunto “Administration des Douanes et Droits Indirects contra Léopold Legros y otros” & 30 (C-163/90); y de 12 de septiembre de 2000 (asunto “Comisión contra Reino Unido” & 91 (C-359/97).

miembros o por la Comisión¹². Por tanto, para decidir si procede o no limitar el alcance temporal de una sentencia, es necesario sopesar cuidadosamente todas las circunstancias, no pudiendo llegarse hasta el punto de influir en la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial por lo que respecta al pasado¹³.

En consecuencia, cuando concurren circunstancias excepcionales¹⁴, es apropiado determinar que, como el nivel general en el cual el pago debía haberse fijado no puede ser conocido, importantes consideraciones de certeza legal afectantes de todos los intereses en juego, tanto públicos como privados, hace imposible en principio reabrir la discusión con respecto al pasado¹⁵, otorgando a su declaración efectos prospectivos, que no retroactivos. Esas circunstancias excepcionales deben ser acreditadas por el Estado que pretende la limitación de la declaración¹⁶.

La protección de los derechos e intereses que los particulares tengan en el mantenimiento de la situación jurídica existente debe prevalecer, en una universalidad que requiere de su valoración jurídica, con el compromiso de encaminarla hacia nuevas formas y significados.

¹² Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009. pp. 111. Citando la Sentencia SSTJCE de 16 de julio de 1992 (asunto “Administration des Douanes et Droits Indirects contra Léopold Legros y otros. & 32 (C-163/90); de 11 de agosto de 1995 (asunto “F. G. Roders BV y otros contra Inspecteur der Invoerrechten en accijnzens”, & 43 (C-367/93 a 377/93); y de 12 de septiembre de 2000 (asunto “Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido”, & 91 (C-359/97)

¹³ *Ibíd.* *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009. pp. 111. Citando la Sentencia SSTJCE de 2 de febrero de 1988 (asunto “Vincent Blaizot contra University of Liège y otros && 28 y 30 (24/86); y de 16 de julio de 1992 (asunto “Administration des Douanes et Droits Indirects contra Léopold Legros y otros”, & 30 (C-163/90))

¹⁴ *Ibíd.* *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009. pp. 111. Presenta el siguiente comentario: “Por ejemplo, se limitaron los efectos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976 (asunto “Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena” (C-43/75) en un asunto de desigualdad de salario entre hombres y mujeres que desarrollan el mismo trabajo –asistentes de vuelo– en el que se declaraba el efecto directo del art. 119 TCE. Así, se procedió a limitar los efectos de esa declaración por el gran número de personas que podían reclamar lo que podía provocar a su vez un serio problema que afectase a la situación financiera de las empresas incluso con posibilidad de conducir las a la quiebra (& 70).

¹⁵ *Ibíd.* *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009. p 111. Citando la sentencia STJCE de 8 de abril de 1976 (asunto “Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena” (C-43/75).

¹⁶ *Ibíd.* *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009. p 112. Citando la sentencia STJCE de 8 de abril de 1976 (asunto “Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena” (C-43/75).

1.1. Francia

1.1.1. *La primacía del Derecho Comunitario*

Lo primero que hay que observar es que en el Derecho Comunitario el Tribunal de Justicia actúa con normalidad con principios generales del Derecho que él mismo formula y cuyo rango pasa a ser equiparable, a efectos del control de la actividad comunitaria y de los Estados miembros, a las normas formuladas en los tratados originarios que hacen las veces de una Constitución. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de las normas comunitarias es una jurisdicción única y universal, que concentra a la vez la competencia de un Tribunal ordinario con la de un Tribunal Constitucional¹⁷.

No obstante esa capital observación, hay que comenzar notando que no ha sido corriente en el Derecho Comunitario la distinción en los actos o decisiones de sus instituciones a los que se refiere indistintamente el artículo 249¹⁸ del Texto consolidado entre aquéllos que tienen contenido normativo general. Pues bien, si la responsabilidad patrimonial del artículo 288¹⁹ del Tratado por simples actos administrativos de las instituciones es declarada ya muy restrictivamente por el Tribunal de Justicia, hay que decir que cuando se trata de declarar esa responsabilidad por verdaderas normas jurídicas la posición del Tribunal de Justicia es ya absolutamente cerrada, cierre que apenas han podido superar algunos, muy pocos, casos aislados²⁰.

¹⁷ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Edit. Thomson-Civitas. Madrid 2005. pp. 39.

¹⁸ Cfr. DISPOSICIONES COMUNES A VARIAS INSTITUCIONES. Artículo 249. *Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.

¹⁹ Cfr. Artículo 288 *La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. El segundo párrafo se aplicará en las mismas condiciones a los daños causados por el Banco Central Europeo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones. La responsabilidad personal de los agentes ante la Comunidad se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable.*

²⁰ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. Cit.* pp. 40.

1.1.2. La primera decisión judicial

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el Asunto Francovich y Bonifaci, con fecha 19 de noviembre de 1991, tuvo el mérito de declarar por primera vez en el ámbito europeo la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro por violación del Derecho Comunitario como régimen autónomo derivado directamente de la eficacia y obligación de respeto de dicho Ordenamiento jurídico, y no como mera consecuencia de la reparación integral que se desprende de la ejecución de las sentencias condenatorias frente al mismo²¹. En la decisión se resuelven dos cuestiones prejudiciales planteadas, según el procedimiento previsto en el artículo 177²², del Tratado de la Comunidad Europea, por sendos Tribunales italianos ante la pretensión de unos trabajadores por cuenta ajena –señores Francovich, Bonifaci y otros-, que, frente a la insolvencia del empresario, solicitaron el derecho a obtener del Estado las garantías previstas en la Directiva 80/197, de 20 de octubre de 1980 sobre aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en estas circunstancias o que, en su caso, el propio Estado italiano les indemnizase por haber procedido al desarrollo en el ámbito del Ordenamiento interno de la mencionada norma, según acreditaba una sentencia de incumplimiento del Tribunal de Justicia comunitario²³.

La cuestión se centra en el examen de dos problemas: En primer lugar, si las disposiciones comunitarias son suficientemente precisas e incondicionales, ya que, en caso afirmativo, habrían de ejecutarse estrictamente los términos de las mismas, impidiendo, por tanto, cualquier derecho de indemnización. Segundo, determinar la posibilidad de reclamar una

²¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo, *Ob. Cit.* 1999. pp. 143.

²² Cfr. Artículo 177. *La política de la Comunidad en el ámbito de la cooperación al desarrollo, que será complementaria de las llevadas a cabo por los Estados miembros, favorecerá: — el desarrollo económico y social duradero de los países en desarrollo y, particularmente, de los más desfavorecidos, 24.12.2002 ES Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 325/109 — la inserción armoniosa y progresiva de los países en desarrollo en la economía mundial, — la lucha contra la pobreza en los países en desarrollo.*

2. La política de la Comunidad en este ámbito contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. 3. La Comunidad y los Estados miembros respetarán los compromisos y tendrán en cuenta los objetivos que han acordado en el marco de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales competentes.

²³ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo, *Ob. Cit.* 1999. pp. 143, citando la sentencia seguida en virtud del procedimiento del artículo 169 del Tribunal de las Comunidades Europeas de 2 de febrero de 1989, *Comisión v. Italia* (Asunto 22/1987, *Rec.*, pp. 143).

compensación por la no transposición de las normas comunitarias por parte de las autoridades nacionales²⁴.

Respecto del primero de los interrogantes apuntados, el fallo del Tribunal destaca que la Directiva no era suficientemente precisa, ya que, si bien la misma indicaba el derecho que correspondía a los sujetos afectados por un proceso de insolvencia empresarial, no precisaba cuáles eran las instituciones internas que debían pesar la cobertura ante dicha eventualidad. La norma jurídica no podía ser, por tanto, directamente invocada ante los órganos jurisdiccionales nacionales²⁵.

En relación con la segunda cuestión, la Corte argumentará que para estimar el derecho del particular al resarcimiento económico frente a un incumplimiento del Estado miembro no basta con la constatación de la violación del Derecho Comunitario, sino que será necesario, además que el resultado de la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares, que el contenido de esos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y finalmente, que se estime la relación de causalidad entre el daño y la imputabilidad al Estado incumplidor. Como todos estos requisitos se cumplen en el supuesto planteado, el fallo del Tribunal de Justicia es estimatorio de la pretensión de indemnización²⁶.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial analizada determina la posibilidad que asiste a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea a exigir de las autoridades nacionales –de todas ellas, incluso de sus respectivos Parlamentos-, la reparación de los perjuicios derivados de la ausencia o incorrección por parte de las mismas en la transposición del Derecho Comunitario europeo. Esta declaración, que habrán de concretar los Tribunales nacionales, en atención a sus correspondientes sistemas de exigencia de responsabilidad patrimonial, se supedita al cumplimiento de los siguientes requisitos: En primer lugar, la violación, por parte de cualquier instancia nacional, de una norma comunitaria destinada a atribuir un derecho a favor de un particular. La regla se matiza, no obstante, exigiendo que la disposición comunitaria vulnerada no pueda ser aplicada directamente –en cuyo caso daría

²⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo, *Ob. Cit.* 1999. pp. 143.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 144.

²⁶ *Ibíd.*

satisfacción inmediata al derecho del particular la propia ejecución de la medida-, y que el derecho cuya lesión se invoca pueda ser identificado en el texto de la Directiva en cuestión. Y, en segundo término, la existencia de un nexo de causalidad entre el daño producido y el desconocimiento de la obligación comunitaria por parte de las instancias nacionales²⁷.

Respecto de la primera de estas matizaciones, una excesiva rigidez por parte de la Corte de Luxemburgo en la interpretación de la categoría de conceptos indemnizables, que viniera referida solamente a aquéllos derechos atribuidos por el Ordenamiento a los particulares que pudieran ser identificados con arreglo a las disposiciones de la Directiva podría conducir a un importante defecto del sistema de reparación que trata de alcanzarse. Efectivamente, la caracterización del derecho contenido en la Directiva no puede articularse en tono a las notas de precisión e incondicionalidad requeridas para anudar efecto directo a la norma comunitaria. En tal supuesto se produciría la posibilidad de su cabal cumplimiento a través de las reglas incorporadas a la misma, por lo que se negaría, según lo examinado, el derecho al resarcimiento del daño causado²⁸.

1.1.3. La relevancia del caso francés

El caso francés es especialmente relevante, porque, por una parte, es en su doctrina, y concretamente en la obra de uno de sus juristas más relevantes, LEÓN DUGUIT, donde se formuló por vez primera una verdadera teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador; y, por otra parte, su jurisprudencia contencioso administrativa es también la primera que ha acogido alguna sentencia condenatoria al pago de indemnizaciones por ese motivo²⁹.

Pero ocurre una circunstancia que merece destacarse; esa doctrina y esa jurisprudencia se han producido en una situación de inexistencia de justicia constitucional. Como es sabido, sólo la Constitución gaullista de 1958 admitió un control de constitucionalidad, limitado al momento de la promulgación de la Ley, pero no actuable en el de su aplicación mediante la

²⁷ *Ibíd.* pp. 146.

²⁸ *Ibíd.* pp. 146.

²⁹ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. pp. 171.

técnica prejudicial de la “cuestión” planteada al órgano de justicia constitucional por los jueces que tuviesen que aplicar la Ley en un proceso ordinario³⁰.

La elaboración y progresiva concreción en el seno del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de un sistema que permite asegurar la reparación monetaria a cargo de los Estados miembros por los daños causados a los ciudadanos derivados del incumplimiento del Derecho Comunitario Europeo, al lado de la prevista para otorgar eficacia al principio de confianza legítima, puede llegar a significar una trascendente evolución para la teoría de la responsabilidad patrimonial del Legislador en los respectivos órdenes internos³¹.

La recepción e implantación en los Ordenamientos nacionales de las exigencias del Derecho de la Unión Europea, y la consiguiente pérdida de la autonomía estatal en beneficio de la supremacía de éste³², no es una cuestión novedosa y ajena al desenvolvimiento y aplicación de aquél. Ya en otras ocasiones, y en relación a temas diversos, se ha impuesto a los Estados miembros la exigencia de esta adaptación con independencia de que la misma pudiera ocasionar la transformación o el desconocimiento de las reglas internas ya consolidadas u obligar a la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos aptos para la integración. Así ha sucedido con la imposición al Juez nacional de inaplicar la norma interna posterior contraria al Derecho o incluso ante una jurisprudencia propia opuesta a esta medida³³, o la suspensión de la aplicación de las Leyes nacionales supuestamente contrarias al mismo y en tanto se sustancia el proceso para declarar su conformidad o no a aquél³⁴.

En consecuencia la eficacia del Derecho Comunitario se predica en dos frentes: a) Cuando se realice una incorrecta transposición de aquél y b) Cuando se haya desconocido o inejecutado una normativa supranacional, es decir omisión del deber de traslación.

³⁰ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. pp. 172.

³¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator*. Edit. Marcial Pons. Madrid. 1999. pp. 137.

³² *Ibíd.*, 1999. pp. 137, citando la sentencia *Costa/Enel*, de 15 de julio de 1964, estableció el principio de primacía y aplicación preferente del Derecho comunitario europeo sobre el de los Estados miembros en las materias contenidas en los tratados constitutivos. Por su parte, la Sentencia de 9 de marzo de 1979 – *Simmenthal*– consideró la imposibilidad de hacer prevalecer las normas nacionales sobre aquél.

³³ *Ibíd.* 1999. pp. 137, citando la sentencia de 19 de junio de 1990 –*Brasserie*– limitó la autonomía procesal de los Estados miembros en orden a la aplicación de los derechos derivados de una Directiva europea.

³⁴ *Ibíd.*, 1999. pp. 138.

1.1.4. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador francés por el incumplimiento del Derecho Comunitario

La entidad “SA Gabinet Jacques Dangeville” demandó con fecha 6 de marzo de 1997 a la República francesa ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) por pago indebido de IVA debido a la falta de adecuación de la legislación francesa a la normativa comunitaria (concretamente a la Sexta Directiva), alegando la violación del derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1), siendo remitida la demanda al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el día 1 de noviembre de 1998 (fecha de entrada en vigor del Protocolo núm. 11 del Convenio)³⁵.

El asunto tiene su origen en el IVA pagado por la citada sociedad mercantil por su actividad de corretaje de seguros durante el año 1978 (292.816 francos) cuando, de conformidad con el artículo 13.B.a) de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativos a los impuestos sobre el volumen de negocios, a partir del día 1 de enero de 1978 se encontraban expresamente exentas “las operaciones de seguros y reaseguros, incluidas las prestaciones de servicios correspondientes a dichas operaciones efectuadas por los corredores e intermediarios de seguros”. Sin embargo, la legislación francesa reguladora del IVA³⁶ no tenía prevista en aquél momento la citada exención, sometiendo a tributación las operaciones comerciales de corretaje. De hecho, la Comisión Europea comunicó al Estado francés –con fecha 26 de junio de 1978, Novena Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativos a los impuestos sobre el volumen de negocios, por la que se concedía a los Estados miembros que no podían llevar a término, en el plazo inicialmente establecido el procedimiento legislativo necesario para la adaptación de la normativa reguladora del IVA (concretamente a Dinamarca, Alemania, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Países Bajos), un plazo complementario, hasta el día 1 de enero de 1979, para la ejecución de las previsiones del artículo 13.B.a) de la Sexta Directiva³⁷.

³⁵ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislator en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A., Navarra, España, 2009. pp. 150.

³⁶ *Ibíd.* pp. 151, cita concretamente el artículo 256 del Code General de Impôts, derivado de la Ley de 6 de enero de 1966, vigente hasta su modificación por la Ley de 29 de diciembre de 1978.

³⁷ *Ibíd.* pp. 151.

Sobre la base del artículo 13.B.a) de la Sexta Directiva, la entidad Dangeville solicitó la devolución del IVA indebidamente ingresado, destacando la responsabilidad del Estado francés por haber incumplido los plazos de transposición de la Sexta Directiva, lo que le había causado un perjuicio equivalente al montante del tributo indebidamente ingresado. Dicha petición fue rechazada por Sentencia del Tribunal administrativo de París de fecha 8 de julio de 1982, al entender que aún cuando las Directivas comunitarias son vinculantes, son las autoridades nacionales las únicas competentes para decidir los medios para su transposición, no siendo posible para un justiciable la invocación directa de una Directiva en contra de una disposición del Derecho nacional. Posteriormente, por sentencia del Consejo de Estado de 19 de marzo de 1986 se rechazó también la apelación, al entender que los ciudadanos no pueden acogerse a las disposiciones de una directiva aún no transpuesta en el Derecho interno desestimando la demanda de responsabilidad por el no sometimiento previo de la cuestión de la responsabilidad a la Administración Fiscal³⁸.

Al amparo de esta última resolución que rechazaba la pretensión de Dangeville por el no sometimiento previo de la cuestión de la responsabilidad a la Administración fiscal, la sociedad actora presentó con fecha 16 de marzo de 1987 una solicitud de indemnización ante el Ministerio de Economía, tanto por la responsabilidad del Estado ante la no transposición a tiempo de la Sexta Directiva, con aplicación de una disposición normativa interna contraria al Derecho Comunitario, cómo por el trato desigual soportado ante el deber de contribuir a las cargas públicas como consecuencia de la aprobación de la instrucción de 2 de enero de 1986³⁹.

Esa solicitud fue desestimada, primero, por Resolución Ministro de Economía y, luego, por Sentencia del Tribunal Administrativo de apelación de París de 23 de mayo de 1989. Sin embargo, por nueva Sentencia del Tribunal administración de apelación de París de 1 de julio de 1992, en pleno, se anuló parcialmente la de 23 de mayo de 1989, admitiendo la responsabilidad del Estado francés y condenándole al pago del perjuicio causado, en concepto de indemnización de la suma de 129.845 francos, más los intereses legales, suma equivalente a la del impuesto pagado indebidamente. Esta Sentencia entendía que era obligación del Estado francés tomar las medidas adecuadas para la ejecución de las obligaciones derivadas del

³⁸ *Ibíd.*, pp. 151-152.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 152.

Derecho Comunitario, entre las que se encuentra el adoptar medidas necesarias para eliminar las consecuencias ilegales de una violación del Derecho Comunitario tanto directamente, como, en su defecto, reparando los perjuicios provocados. Así, la incompatibilidad del Derecho interno con el Derecho Comunitario permite a un ciudadano –aún cuando previamente haya invocado infructuosamente dicha incompatibilidad ante la Administración Tributaria- a instar a la reparación del perjuicio derivado de la no transposición al Derecho interno. Y dado que las disposiciones del artículo 256 del Código General de Impuestos, en su redacción anterior al 1 de enero de 1979, sometía las operaciones de corretaje de seguros de forma incompatible con la Sexta Directiva por el período existente entre el 1 de enero de 1978 (fecha de entrada en vigor de la Sexta Directiva) y el 30 de junio de 1978 (fecha de comunicación al Estado francés de la Novena Directiva), procedía reconocer el abono de la indemnización equivalente al perjuicio causado durante tal período por el IVA ingresado (que no fue objeto de repercusión sobre la clientela al calcularse en función de las primas pagadas)⁴⁰.

La anterior Sentencia fue recurrida en casación ante el Consejo de Estado por la Dirección General de Impuestos, quien por Sentencia 30 de octubre de 1996 la anuló, al entender que no había posibilidad de obtener satisfacción a través de un recurso de responsabilidad de la pretensión rechazada en el terreno de una demanda fiscal decidida con la autoridad de la cosa juzgada (esto es, con la previa Sentencia del Consejo de Estado de 19 de marzo de 1986), pretendiéndose a través del procedimiento de responsabilidad la obtención de la misma indemnización perseguida mediante la reclamación tributaria, sin invocación de perjuicio adicional alguno⁴¹.

Interpuesto el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sección Segunda dictó Sentencia con fecha 16 de abril de 2002, constatando la violación del artículo 1 del Protocolo común número 1 (derecho a la propiedad). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que, teniendo la sociedad demandante “un crédito contra el Estado debido al IVA indebidamente pagado” por el periodo que mediaba entre el 1 de enero y el 30 de junio de 1978, que debía considerarse un bien patrimonial en el sentido del artículo 1 del Protocolo

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 152-153.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 153.

número 1, la negativa a su devolución supuso la injerencia en los bienes de la demandante que no respondía a las exigencias del interés general, vulnerándose los bienes de la sociedad demandante de forma desproporcionada, pues tanto el fracaso del crédito que tenía contra el Estado como la ausencia de un procedimiento interno “que ofreciera un remedio suficiente para asegurar la protección del derecho al respecto de sus bienes”, “rompieron el equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y la exigencia de la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Por esta razón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la violación del artículo 1 del Protocolo número 1, ordenando la indemnización del daño moral (para lo que bastaba con la declaración de la violación) y del daño material, mediante el pago de una indemnización equivalente a las sumas de IVA indebidamente ingresadas⁴².

En suma, aunque las leyes fiscales son, en principio, causa legítima de la injerencia en los bienes de los ciudadanos, sin embargo, esa injerencia debe mantener un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Por esta razón, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es competente para analizar la constitucionalidad de una Ley o su contradicción con el Derecho Comunitario, labor esta que corresponde a los órganos nacionales o comunitarios, sin embargo, sí puede determinar si la falta de una reparación adecuada tras la declaración de inconstitucionalidad o de contradicción con el Derecho Comunitario es legítima y proporcionada⁴³.

1.1.5. ¿Está en crisis el legicentrismo en Francia?

Es evidente, la Sentencia que acabamos de comentar no deja duda. Sin embargo, la plasmación positiva codificada de tan altos ideales impuso ciertos ajustes tendenciosos. Porque aunque formalmente apelaba al proyecto liberal triunfante y al conjunto de contenidos constitucionales de lo que después se denominará Estado de Derecho, lo que positivizó fue: 1) una separación de poderes más conforme a la influencia rousseauiana que a la de MONTESQUIEU que condujo a la supremacía de la Ley y a la omnipotencia del Legislador

⁴² *Ibíd. pp 153-154.*

⁴³ *Ibíd. pp. 154.*

frente a cualquier posibilidad de control constitucional o judicial (y supresión del *ius vetum*), al representar el Legislador la soberanía popular conforme a un modelo democrático —doctrinalmente titubeante y que al final, materialmente, impuso un criterio censitario (varón propietario)—; 2) un ejecutivo administrativamente centralizado; 3) un Poder Judicial ya independiente del ejecutivo pero servilmente subordinado al legicentrismo imperante⁴⁴.

Así las cosas, en el siglo XXI con la presencia del Derecho Comunitario, lo que ha ocurrido es la huida del legicentrismo con el reconocimiento de una legislación supranacional que somete a todos los Estados comunitarios a un nuevo régimen, que aún cuando pueda en ocasiones incomodar a sus miembros, reconoce implícitamente que ni los Poderes Legislativos, ni las Leyes de cada Estado Comunitario son soberanas. Esta nueva etapa, presenta desafíos que parecieran no estar del todo superados; ya que en el antiguo régimen, el Legislador era irresponsable y las Leyes de cada país intocables, hoy sucede todo lo contrario.

Santamaría Pastor⁴⁵, al estudiar las bases rousseauianas del dogma, precisó que el principio de la irresponsabilidad del Estado por actos legislativos (y reglamentarios) triunfa sin

⁴⁴ Cfr. SUAREZ LLANOS, María Leonor. *El sueño de la Codificación y el despertar del derecho*. Universidad de Oviedo. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 219-248.

⁴⁵ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *La Teoría de La Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista de Administración Pública. No. 68, 1972 pp. 72,73 .Citando a LAFERRIERE, *Traite de la juridiction administrative el des recours contentieux*, 2.a. ed., tomo II, París, Berger-Levrault et Cíe., 1896, p. 14. Un comentario del arrêt en BADAOU, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, París, LGDJ, 1955, o. 156, y JEZE, *Principios generales del Derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, "1948, lomo I, pp. 408 y 409. SANTAMARÍA PASTOR, presenta el siguiente comentario: La exposición del célebre vicepresidente del Conseil d'Etat revela con claridad meridiana las raíces dogmáticas de la jurisprudencia Du-CHATELIER, que se hallan, sin duda alguna, en la concepción de la voluntad general. El aplomo brutal con que se formula el principio de irresponsabilidad refleja la existencia de una creencia primaria, de una estructura mental axiomática e intuitiva en sus autores. La Ley, voluntad colectiva del pueblo, no puede causar injusticia alguna, porque es ella misma la que decide lo que es justo y lo que no lo es; la Ley, voluntad general, no puede causar perjuicio a nadie, porque nadie se causaría un mal a sí mismo. (Así lo hace notar CAMBIER, *La responsabilidad de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles. F. LARCIER, 1947, pp. 289 y ss.; en el mismo sentido, JEZE, en "Revue de droit public et de la science politique", tomo LX, 1945, p. 368, entre otros) El volenti non iniuri kantiano ampara toda esta paradójica argumentación, en la que subyace el sentimiento revolucionario de desconfianza hacia el estamento judicial y la asimilación inconsciente de la irresponsabilidad por actos legislativos con la inviolabilidad de los representantes parlamentarios.(Esta tendencia es claramente apreciable en la tesis doctoral de Paul DUEZ, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, Lille, 1913-1914, pp. 464 y ss.) en una época en la que la responsabilité pour faute no había dado paso aún a la responsabilité pour risque. La doctrina, sin embargo, buscó pronto otros derroteros para fundamentar la jurisprudencia DUCHVTELIER. El dogma de la infalibilidad del Estado legislador, con independencia de su apriorismo, recordaba demasiado el absolutismo regio, al suponer un trasplante del quidquid principi placuit habet legis vigoren; como más tarde denunciaría JEZE, "c'est le droit divin du peuple substitué au droit divin des rois" *Ibidem*. . Por ello se acudió, en segundo lugar, a una modulación del dogma rousseauiano, cambiando el acento del carácter soberano de la voluntad legislativa a su carácter general. Las

oposición durante todo el siglo XIX en el sistema contencioso francés, sin una previa base doctrinal que le sirva de justificación. La elaboración científica de la teoría surge, a posteriori, en los últimos años del siglo. Citando a Laferrière, Santamaría Pastor, dijo:

"Es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en las formas previstas por la ley. De todo lo que precede resulta que las cuestiones de indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción".

Ningún país como Francia ha aportado soluciones tan valientes y originales como las creadas por su jurisprudencia administrativa. Soluciones, por lo demás, que no responden a un perjuicio dogmático, a una elaboración doctrinal artificiosa ni a una declaración legislativa, sino que han brotado empíricamente del desenvolvimiento de la institución de la responsabilidad, impulsado por el principio de igualdad ante las cargas públicas. La historia del principio de responsabilidad del Estado legislador es un modelo admirable de evolución consciente y armónica, en la que la prudencia y la progresividad aparecen unidas dentro de la fidelidad a un principio básico: la reducción de los ámbitos jurídicamente exentos del actuar estatal frente al ciudadano⁴⁶.

En los casos de daños producidos por una Ley, al parecer Francia es el primer Estado en el que se lleva a cabo un análisis profundo y serio del problema.

normas —se dice— constituyen derecho objetivo, tienen por finalidad el establecimiento de una medida de carácter general; en consecuencia, no pueden dañar a nadie, suponiendo que el daño consiste en la violación de una situación jurídica individualizada. La inexistencia de préjudice spécial determina la falta de responsabilidad. Así se refleja en la exposición clásica de JEZE:

"Es un principio indiscutido del derecho francés que el ejercicio del poder legislativo no compromete la responsabilidad pecuniaria del Estado. Ello no se debe, como algunos han pretendido, a que se trate del ejercicio del poder público. Estas son fórmulas vacías de sentido. Se debe, más bien, a que el legislador se mueve en un campo en el que no encuentra ante sí —y, por tanto, no puede lesionar— derecho individual alguno. Actúa mediante actos generales e impersonales. Ahora bien, condición de existencia del derecho a indemnización es la existencia de un perjuicio excepcional, esto es, que un individuo sea colocado por un acto fuera de las condiciones normales. El legislador jamás pone a un individuo fuera de las condiciones normales mediante un acto legislativo propiamente dicho, porque la ley tiene como característica esencial el ser general e impersonal" (JEZE, en "Revue de droit public", tomo XXIV, 1907, pp. 452 y ss. Es preciso tener en cuenta., no obstante, que la tesis de JEZF. parte de su configuración del acto legislativo—acte législatif proprement dit—y de su distinción respecto del acto-condición: vid. sus Principios generales.., cit., I, pp. 32 y ss., 48 y ss.).

⁴⁶ *Ibíd.* No. 68, 1972 pp. 69-70.

La primera propuesta teórica de la responsabilidad del Legislador aparece en el *Traité de Droit Constitutionnel* de Léon Duguit⁴⁷, cuando expresó: “...*supposé une loi dont la applicattion entrainera certainement un prejudice por un ou plusieurs individus, le Etát peut-il être déclaré responsable envers eurs? Non assurément, si l’Etát législateur es souverain. Mais si, comme je crois l’avor démontré, la notion de souveraineté est irréelle et caduque, si d’autre part, dans les conceptions juridiques actuelles, l’État assureur envers les administrés de tout le risque qui résulte de son activité générale ne doit-on pass dire que cette assurance couvre même le risque résultant de l’aplication de una loi. Poqué en définitive, toute loi a pour but de créer un service publico ou d’enregler le fonctionnement?* Allí se encuentra una teorización sumamente extensa de los fundamentos de una responsabilidad patrimonial del Legislador⁴⁸, basada en su hipótesis de que la soberanía (propia de la Ley) es irreal e inexistente⁴⁹.

Duguit monta su explosiva tesis de la responsabilidad del Estado legislador sobre dos interrogantes⁵⁰. 1) ¿Está constreñido el legislador “*par le droit supérieur*”, a insertar en la Ley una cláusula indemnizatoria?, la respuesta es sí, si la Ley prohíbe una determinada actividad con la finalidad de organizar un servicio público. Y 2) ¿Pueden los Tribunales conferir derecho de indemnización a un perjudicado si la Ley que ha causado el daño guarda absoluto silencio sobre el tema? La respuesta es no, si la actividad prohibida es ilícita y sí en los supuestos de monopolización estatal de actividades lícitas.

Una de sus tesis centrales consiste en que el Estado debe responder por cuanto “es asegurador de los administrados en todo riesgo que resulte de su actividad general incluso el riesgo resultante de la aplicación de una Ley”. Y ello aunque la Ley sea conforme a lo que él

⁴⁷ Cfr. DUGUIT, León. *Traite de Droit Constitutionnel*. Ancienne Lábraire Fontemolng & C, Editeur, Tome Troisième. pp. 514 y 515 Paris, 1923: “Ahora bien, suponiendo el caso de una ley cuya aplicación entrañe un perjuicio para uno o muchos individuos, ¿puede el Estado ser declarado responsable frente a ellos? No, con seguridad, si el Estado legislador es soberano. Pero si, como creo haber demostrado, la noción de soberanía es irreal y caduca, y si, por otra parte, en las concepciones jurídicas actuales, el Estado se configura ante los administrados como un asegurador de todo riesgo que deriva de su actividad general, ¿no debe concluirse que este seguro cubre igualmente el riesgo resultante de la aplicación de una ley, ya que en definitiva, toda ley tiene por finalidad crear un servicio público o regular su funcionamiento”.

⁴⁸ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. pp. 172 173..

⁴⁹ Cfr. DUGUIT, León. *Ob. Cit.* pp. 514- 515.

⁵⁰ *Ob. Cit.* No. 68, 1972 pp. 82.

llama “el Derecho superior⁵¹”. Aclaró García de Enterría⁵², “*Duguit formula unos principios que, en general, resonarán a lo largo de todo el siglo veinte: perjuicio especial grave, aseguramiento del riesgo social, socialización de los riesgos, igualdad ante las cargas públicas, solidaridad nacional... avizora el problema de la responsabilidad patrimonial por el hecho de las leyes, certeramente...* ”.

El cambio de criterio propuesto por Duguit⁵³, llegó a ser profético⁵⁴: “*Avec la tendance actuelle á rejeter la notion perimé d’irresponsabilité de la puissance publique, je suis convaincu que, dans un avenir très prochain, le Conseil d’État admettra cette solution*”.

Es justo y acertado señalar, por tanto, que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador nace teóricamente en Francia con la tesis formulada por Duguit⁵⁵, y que su jurisprudencia contencioso administrativa fue también la primera que condenó a la Administración al pago de indemnizaciones por este motivo. En su primera decisión⁵⁶, el juez planteó los dos requisitos para que se pueda pretender indemnización: que el perjuicio ha de ser no sólo especial (en un orden cuantitativo, una o pocas víctimas), sino anormalmente grave⁵⁷ y luego⁵⁸ tres casos más.

No es habitual en la doctrina francesa el estudio de la responsabilidad causada por Leyes declaradas inconstitucionales, porque el control por parte del Conseil Constitutionnel es previo a la promulgación de las mismas, lo que hace extremadamente difícil que dichas Leyes hayan podido causar algún daño.

Esto, a su vez, nos ha de conducir a enfatizar que en lo relativo a la responsabilidad patrimonial por el hecho de las Leyes, se mantienen hoy día los caracteres originarios.

⁵¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Ob. cit.* pp. 172 y 173. .

⁵² *Ibid.* pp. 173.

⁵³ Cfr. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemolng & C., Editeur, Tome Troisième. pp. 529.

⁵⁴ *Ob. Cit.* No. 68, 1972 pp. 82.

⁵⁵ *Ob. Cit.* pp. 171.

⁵⁶ *Ibid.* pp. 175. El arrêt *La Fleurette* de 14 de enero de 1938.

⁵⁷ Cfr. LONG, Marceau y otros. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2000 pp. 217 – 219.

⁵⁸ *Ob. cit.* pp. 178.

El Conseil d'État admitió por primera vez la responsabilidad del Estado legislador en su célebre arrêt *Société Anonyme de Produits Laiters La Fleurette*, del 14 de enero de 1938⁵⁹. El artículo 1° de la Ley de 29 de junio de 1934, sobre protección de productos lácteos disponía: “se prohíbe fabricar, exponer, poner a la venta, o vender, importar, exportar o transitar: 1) Productos que tengan el aspecto de crema, que se vende bajo la denominación “crema” seguida o no de cualquier calificativo o de cualquier denominación de fantasía, destinado a los mismos usos que la crema y que no provenga exclusivamente de la leche, por cuanto la adición de materias grasas extrañas a la leche está especialmente prohibida”.

La anterior prohibición obligó a la demandante a suspender indefinidamente la fabricación de un producto que se ajustaba a la definición contenida en la Ley, denominado “Gradine”, compuesto de leche, de aceite de maní y de yema de huevo, con el consiguiente perjuicio “...Entonces concede una indemnización invocando el desconocimiento del principio de igualdad de todos, frente a las cargas públicas. La carga impuesta a la sociedad La Fleurette es tan importante, tan grave (la mencionada sociedad fue obligada a suspender su actividad), tan especial (la sociedad parece haber sido la única afectada por el artículo 1 de la Ley sobre productos lácteos). La ponencia contraria del comisario del gobierno, estimaba que el artículo 1 de la Ley en cuestión hacía parte de una serie de medidas conexas cuyas consecuencias perjudiciales afectaban un gran número de interesados, que vulnera el principio de igualdad ante las cargas públicas, por lo que debe ser “asumida por la colectividad”⁶⁰.

Los autores que analizaron esta sentencia concluyeron que para obtener una reparación en el campo de la responsabilidad sin falta se requiere “...el mismo fundamento, el principio de igualdad ante las cargas públicas, y los mismos límites-, la exigencia de un perjuicio anormalmente grave y especial”⁶¹.

⁵⁹ LONG, Marceau y Otros. *Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición en Español 2000. pp. 217 a 222. Traducida al Castellano por TORRES CALDERÓN, Leonardo Augusto y MORA OSEJO, Humberto. C.E. 14-enero-1938, Sociedad Anónima de Productos Lácteos “LA FLEURETTE”, Rec. 25.

⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 219.

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 222.

En Francia, no obstante, existe un rechazo a la posibilidad de imponer al Legislador un deber de compensación pecuniaria de las lesiones que sus productos normativos puedan producir⁶². Ello explica que sólo hayan podido censarse cinco casos claros⁶³ en los que el Legislador fue condenado: *arrêt Société La Fleurette* (14 de enero de 1938), *arrêt Bovero* (enero 25 de 1963); *arrêt Caucheteaux et Desmont* (21 de enero de 1944), *arrêt Lacombe* (1 de diciembre de 1961) y *arrêt Plan* (1 de febrero de 1994).

Según Santamaría Pastor⁶⁴, el conflicto entre la soberanía de la Ley y el principio de igualdad ante las cargas públicas se resuelve en esta jurisprudencia a favor de este último. El silencio de la ley sobre la indemnización no constituye una presunción *iuris et de iure* sobre la exclusión del resarcimiento, sino una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la prueba contraria de que el Legislador no pretendió evitar la indemnización. No basta, sin embargo, para conferir derecho a indemnización la prueba de la voluntad presunta del Legislador: la doctrina general sentada hasta 1963, puede resumirse en las proposiciones siguientes:

⁶² “La consideración de la inmunidad de los parlamentos por los perjuicios causados por la aprobación de leyes se ha anudado a dos importantes caracteres que presentan las mismas que no se han advertido de las disposiciones procedentes del Ejecutivo. La diferente posición de estos poderes del Estado en el sistema jurídico ha determinado el distinto tratamiento que de la teoría de la responsabilidad patrimonial se ha producido para ambos, y que ha llevado al mantenimiento de una posición de superioridad e independencia del primero, y la consiguiente consideración de las normas emanadas del mismo como soberanas y generales.

“La primera nota rechaza el elemento fundamental de la teoría de la responsabilidad: el concepto mismo de lesión. Desde esta dimensión, la ley no podrá ser calificada de “injusta”, ni el Parlamento de “culpable”, únicas condiciones que permiten apreciar el nacimiento de aquélla.

“Precisamente será el dogma del Parlamento como soberano y la correlativa sacralidad de las normas emanadas del mismo el que impulsa a LAFERRIERE a fundamentar doctrinalmente la regla de su irresponsabilidad con las siguientes palabras:

<Es de principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les confieran ningún derecho de indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamar de ella ninguna compensación. El Legislador sólo puede apreciar, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del daño, en consonancia con las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar esta compensación: las jurisdicciones no pueden situarse en su lugar, no pueden más que evaluar el montante teniendo en cuenta las bases y en la forma previstas la Ley>”

“La imposibilidad de anular a las leyes el concepto de falta, requisito exigido en la apreciación de la tesis de la responsabilidad, será el que determine en Francia el inicial rechazo de la posibilidad de imponer al Legislador un deber de compensación pecuniaria de las lesiones que sus productos normativos puedan producir. Así lo puso de manifiesto LAUBADÉRE, para quien:

<...antes de que se desarrollase la responsabilidad por riesgo no se podía en absoluto concebir la noción de falta cometida por el Legislador. Sobre todo en un país en el que no existía el control de la validez de las leyes por el juez>. Cfr. ALONSO GARCIA, María Consuelo, *Ob. Cit.* pp. 24-25. Citando a: E. LAFERRIERE, *Traité de la Jurisdiction administratif et des recours contentieux*. Vol. II, Paris, LCGD, 1888 (reedición de 1989).

⁶³ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Ob. cit.* pp. 447.

⁶⁴ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Ob. Ci.* pp. 88-89.

“Primera. La responsabilidad del Estado por actos normativos puede tener su origen en leyes formales, pero también en decretos coloniales, en decretos-leyes, reglamentos en general e incluso medidas individuales adoptadas en ejecución directa de una ley o disposición de cualquier tipo.

Segunda. En el supuesto de manifestación clara y terminante de la ley sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización, el juez no puede sino aplicarla, estándole vedado efectuar un pronunciamiento de responsabilidad cuando la ley lo excluye.

Tercera. En caso de silencio de la ley, la procedencia de una demanda de indemnización está condicionada a la prueba de la voluntad tácita del legislador, deducida de las diversas circunstancias que rodean la elaboración y aprobación de la ley. La carga de la prueba corresponde, claro está al reclamante.

Cuarta. No puede reconocerse derecho a indemnización cuando el acto normativo dañoso incide sobre una actividad prohibida, inmoral ilícita o contraria a la sanidad nacional o al orden público, circunstancias estas que excluyen en principio toda responsabilidad del Estado.

Quinta. El reclamante debe acreditar la existencia de un perjuicio especial y suficientemente grave; de tal modo que la indemnización no resulta procedente cuando el daño sufrido, por su especialidad o gravedad, no supera el standard normal de los sacrificios impuestos por la legislación a los ciudadanos o cuando el sacrificio es impuesto en atención primaria del interés nacional, no en interés de particulares”.

Pese a estas reservas estructurales, el gran avance de la jurisprudencia *La Fleurette* se ha concentrado en la feliz síntesis de dos postulados en pugna a través de la técnica del doble filtro: inicialmente la tarea del juez se reduce a la investigación de la voluntad del Legislador acerca de la indemnización de los daños. Si el resultado es negativo, el proceso se detiene y la demanda es rechazada; pero si es positivo, se hace entrar en juego el segundo filtro de la

igualdad ante las cargas públicas –de malla más estrecha aún que el primero-, concretado en la exigencia de un perjuicio especial y de excepcional gravedad, requisitos estos extraídos por simple deducción lógica del principio básico⁶⁵.

El Conseil d'État viene a subsumir la responsabilidad del Estado legislador en el marco de la *responsabilité publique de droit commun*, desvinculándolo de todo problemático intento de investigación de la *voluntas legislatoris* y sujetándolo a las reglas generales de la *responsabilité sans faute*⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Ob. Cit. p91. Agrega el autor: "Como ha dicho un excelente conocedor del sistema (ODENT, Contentieux-administratif, cit., pp. 469 y 470. El autor, como es sabido, ostenta el cargo de Consejero de Estado), "la especialidad del daño es necesaria porque si el daño causado por la ley fuese general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad. En efecto, no sería lógico restablecer mediante una indemnización un equilibrio de cargas sociales que no hubiera sido roto." "Es preciso, también, que el perjuicio especial experimentado sea de una excepcional y anormal gravedad; que supere, en valores absolutos o relativos, los inconvenientes, las incomodidades, las sujeciones que la vida colectiva impone necesariamente a cada individuo. Hay un margen de perjuicio que no es indemnizable y que corre a cargo de aquél o de aquéllos sobre los que recae la mala suerte. El derecho a reparación no nace sino cuando el perjuicio excede de este margen." Y aún podría hablarse de un tercer filtro, de naturaleza asimismo principal y metodológica, concretado en la ponderada valoración de los intereses en juego: el juez ha de comprobar en primer lugar lo que CAMBIER denomina la "respectabilidad del interés lesionado" (CAMBIER, La responsabilité..., cit., p. 317. En sentido similar. WALINE, Droit administratif, 7.a ed., París. SIBEY, 3957, p. 716, que habla de actividad eprehensible), esto es, su irreprochabilidad desde el punto de vista moral y jurídico, restándole además la inevitable válvula de escape final: la posibilidad de apreciar la concurrencia de un intérêt général prééminent (DK LAUDADERE, Traité élémentaire, cit., I, p. 661) que excluye, pese a todo, la procedencia de la indemnización debida".

⁶⁶ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Ob. Cit. p94 Precisa el ilustre profesor: "... a secas, fundada sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas y los regímenes especiales de responsabilidad, fundados en textos legales específicos o en consideraciones diversas. Pues bien, como señala VEDEL (Ibíd., p. 310. Vid. también DELVOLLE, Le principe d'égalité devant les charges publiques, París, LGDJ, 1969, p. 238 y ss)—sin duda, el más afortunado comentarista del arrêt BOYERO—, hasta 1963, la responsabilidad del Estado legislador venía siendo considerada como una modalidad de los regímenes especiales de responsabilidad: "// s'agissait moins d'une responsabilité directement fondée sur l'égalité devant les charges publiques que d'une responsabilité tacitement acceptée par le législateur lui même, sur la base de certaines présomptions servant à interpréter son silence." Sin embargo, al desplazar el centro de gravedad al principio de igualdad ante las cargas públicas, el Conseil d'Etat viene a subsumir la responsabilidad del Estado legislador en el marco general de la *responsabilité de droit commun*, desvinculándolo de todo problemático intento de investigación de la *voluntas legislatoris*, para sujetarlo a las reglas generales de la *responsabilité sans faute*. Por lo demás, las consecuencias prácticas de este giro técnico son ciertamente sustanciales: Básicamente, ello entraña un desplazamiento de la carga de la prueba en beneficio del individuo lesionado. Con la jurisprudencia LA FLEURETTE, el demandante había de probar, ante el silencio de la ley, que el legislador no había pretendido excluir el derecho a indemnización. Con el arrêt BOYERO, sin embargo, nos encontramos justamente en las antípodas de la jurisprudencia DUCHATELIER: La producción de un daño por un acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el legislador haya excluido expresamente este derecho. La justificación teórica de este fenómeno es ciertamente impecable: "Sin duda, expresa o tácitamente, y como consecuencia de la ausencia de todo control jurisdiccional sobre la ley, el legislador puede excluir el juego de la responsabilidad pública de derecho común. Pero en tanto no se substraiga a ella, queda de pleno derecho sometido a ella; pues el derecho a reparación no se funda en su aceptación tácita, sino sobre el régimen objetivo de la responsabilidad pública" (VEDEL, ibíd.).".

Años después, el Conseil d'Etat se pronunció sobre una Ley que protegió una especie de animal luego de daños provocados por la proliferación de flamencos rosados.

Siguiendo la doctrina La Fleurette, la sentencia 1 de febrero de 1994, de este mismo Tribunal indemnizó a un productor de arroz por los daños que le producían en su cosecha las colonias de flamencos rosados. La Ley No. 76-629 de 10 de julio, de Protección de la Naturaleza califica a los flamencos como especies protegidas por lo que el demandante tenía prohibido la captura o destrucción de los flamencos que descansaban en su plantación durante la migración. El Tribunal de apelación estima la demanda en base a que “las pérdidas de la recogida que resulta de esta situación constituye una carga que no incumbe normalmente, que esta carga, que es la consecuencia directa, pero no querida, de una medida adoptada por el Legislador siguiendo el interés general, debe ser soportada por la colectividad...”. El régimen tan restrictivo de responsabilidad que el Consejo de Estado ha impuesto a los daños producidos por el Legislador ha dado lugar a que la doctrina francesa vea la responsabilidad por actos del Legislador como algo excepcional⁶⁷.

Santamaría Pastor⁶⁸, llegó hace cuarenta años a esta conclusión: “...*parece indiscutible la afirmación de que el régimen de responsabilidad del Estado du fait des lois ha arraigado definitivamente en el ordenamiento administrativo francés con unos caracteres ciertamente prometedores, que suponen un paso decisivo en la construcción jurisprudencial de las técnicas de cobertura patrimonial de los ciudadanos. El sistema, con todo, no es aún perfecto ni completo: el empirismo que ha dominado su elaboración, la ambigüedad de no pocos planteamientos, las cláusulas abiertas y de contenido equívoco (interés general de la ley, perjuicio grave y suficiente, actividad perjudicial) son fisuras, quizá imprescindibles para su funcionamiento, que pueden ser objeto de vivas polémicas. Pero considerada en su conjunto, la técnica es verdaderamente ejemplar, fruto de una jurisdicción que hoy por hoy ofrece unos resultados incomparables y que ha permitido completar el régimen de garantías frente al propio legislador, sin que haya hecho tambalearse lo más mínimo la soberanía parlamentaria ni la estabilidad de las instituciones*”.

⁶⁷ Cfr. GALÁN VIOQUE, Roberto. *La Responsabilidad del Estado Legislador*. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 2001. pp. 315.

⁶⁸ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Ob. Cit.* pp. 97-98.

1.2. Alemania

El sistema alemán admite paralelamente las dos formas de responsabilidad⁶⁹, es decir la forma objetiva basada en el sacrificio de los derechos o por sacrificio particular, y la forma subjetiva fundada en la culpa, estrictamente por responsabilidad del Estado.

La Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 26 de junio de 1981, que luego fue declarada inconstitucional por un problema de competencia con los Länder⁷⁰, incorporó a su texto un apartado segundo, dentro de su artículo quinto, en el que textualmente se lee⁷¹: “si consiste la infracción del deber en un comportamiento antijurídico del Legislador, tendrá lugar una responsabilidad sólo cuando y en la manera en que una Ley lo determine. La responsabilidad por infracciones del deber del Poder Ejecutivo o Judicial en que se basen exclusivamente en el comportamiento del Legislador no queda afectada”. El precepto se refería solamente a los actos formales dictados por el Parlamento, remitiendo la comprensión del mismo y el procedimiento para el ejercicio de esta acción a una futura Ley. Es decir, que la norma escrita no podría ser suplida por la doctrina jurisprudencial.

Sin embargo, el Legislador puede regular para cada caso los supuestos indemnizatorios y la forma de reparación⁷², particularmente las expropiaciones legislativas realizadas mediante Ley. Este deber de reparación puede ser exigido ante una ley que infrinja disposiciones constitucionales, pero no es posible declararlo por una falta de jurisdicción del juez sobre el

⁶⁹ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ob. Cit.*, pp. 84 y 85.

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 62. Citando a GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*, 7 Edic. Madrid, Cívitas 2000, pp. 360-361. En dicha Ley se decía que la Responsabilidad Patrimonial del Estado tiene lugar cuando se produce el siguiente supuesto de hecho: 1. Si el poder público, es decir el poder estatal, infringe un deber de derecho público que le obliga frente a otro, responderá su titular por los daños causados de acuerdo con la disposición de esta ley. 2. Se considera que se ha cometido una infracción de un deber de esta clase cuando el mal funcionamiento procede de una organización técnica cuyo titular ejerce un poder público mediante esta organización, en lugar de hacerlo mediante las personas interpuestas, y el mal funcionamiento tendría el carácter de una infracción del deber de estas personas. 3. Las personas que cometan la infracción de un deber de esta clase no responderán frente al perjudicado. La ley se ocupaba expresamente de la responsabilidad judicial y legislativa, indicando con respecto a esta última, en su artículo 5,2 que: “Si consiste la infracción del deber en un comportamiento antijurídico del legislador, tendrá lugar la responsabilidad solo cuando y en la manera en que la ley lo determine. La responsabilidad por infracciones del deber del poder ejecutivo o judicial que se basen exclusivamente en el comportamiento del legislador no queda afectada”. La ley establecía la necesidad de que una Ley determinara los supuestos y la forma en que aquella tenía lugar.

⁷¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1999. pp. Pág. 99.

⁷² Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ob. Cit.*, pp. 61.

Legislador, porque los tribunales entienden que toda decisión sobre las finanzas públicas, es potestad presupuestaria de las cámaras⁷³. Alonso García, al referirse al tema, expresó⁷⁴: “por otra parte la aplicación indiscriminada al Legislador de los criterios de la responsabilidad administrativa podría tener consecuencias negativas para la hacienda pública, de ahí que se defienda sin paliativos que el Legislador, como primer poder, tiene una evidente primacía en materia presupuestaria” y agrega: “y ello porque el poder judicial carece de la suficiente legitimación como para proyectar sobre el Legislador una institución como esta que ha sido creada jurisprudencialmente”.

Pero también es cierto que la doctrina alemana ha debatido largamente sobre la posibilidad de que un *legislative Unrecht*⁷⁵, esto es, un ilícito o injusto legislativo tenga como base de una posible responsabilidad patrimonial. Tal supuesto podría referirse a Leyes declaradas inconstitucionales precisamente por violación de derechos fundamentales constitucionalizados que, como tales, además de proteger la esfera privada frente al poder como contenido esencial, gozan de un rango superior a las Leyes.

Según los autores citados, hasta este momento, en el derecho alemán, no se ha presentado ningún caso en el que se haya reconocido indemnización alguna con fundamento en la teoría de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad del Legislador. García de Enterría, citando a H. J. PAPIER, señaló que: “...de modo que una eventual indemnización impuesta al Legislador debe reservarse al Legislador mismo”⁷⁶.

La jurisprudencia alemana niega cualquier relación entre la Ley y la responsabilidad por daños, que se ha hecho especialmente visible en el Derecho Comunitario, por cuanto se ha venido a imponer responsabilidades patrimoniales a los Estados por Leyes que infringen normas que en el Derecho Comunitario garantizan derechos patrimoniales individuales⁷⁷. Por

⁷³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Edit. Thomson Civitas. Madrid. 2005, pp. 162.

⁷⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. Ob. cit. pág. 99, citando la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania en la obra colectiva *Propiedad, expropiación y responsabilidad*. pág. 952 – 953.

⁷⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Ob. cit. pp. 286.

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 162.

⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 162.

esta causa, todos los ordenamientos jurídicos internos están siendo influidos por la introducción, modificación y reforzamiento de las reglas jurídicas propias de cada Estado, que permita pasar a la instauración de un modelo para los Estados miembros de acuerdo con las reglas imperativamente impuestas por la Unión Europea, como es la principal orientación que debe dársele a la fórmula de que en ningún caso la reparación resulte “excesivamente difícil” o “prácticamente imposible” de alcanzar. Alonso García, señaló⁷⁸:

“En este punto es interesante analizar las correcciones que a los ordenamientos alemán e inglés impuso el Tribunal de Justicia europeo en la examinada sentencia de 5 de marzo de 1996.

La primera tiene como punto de partida el interrogante planteado por el Tribunal alemán – Bundesgerichtshof- que solicitó la primera de las cuestiones prejudiciales solventada por la citada sentencia, y que versaba acerca de si el Derecho nacional puede someter la existencia de un eventual derecho a indemnización a las mismas restricciones que las aplicables en su Ordenamiento al supuesto de violación por una Ley de disposiciones nacionales de rango superior, en concreto la consistente en la compensación, exclusivamente de los daños causados a determinados bienes jurídicos individuales.

El Tribunal contesta con el siguiente argumento: El requisito impuesto por el Derecho alemán en caso de infracción, por parte de una ley, de disposiciones nacionales de rango superior, que supeditan la reparación al hecho de que el acto u omisión del Legislador se refiera a una situación individual, haría prácticamente imposible o exclusivamente difícil la reparación efectiva de los daños que resultaran de la violación del derecho comunitario, dado que las tareas que incumben al Legislador nacional afectan en principio, a la colectividad, y no a ninguna persona o grupo de personas consideradas individualmente”.

Sobre la limitación de derechos e intereses, en el Derecho alemán, García de Enterría, expresó⁷⁹:

“Las regulaciones por Ley que afectan exclusivamente al nacimiento futuro de situaciones, derechos o relaciones jurídicas no colisionan con el principio de protección de la confianza. El ciudadano no puede confiar en que las Leyes dadas en un tiempo vayan a permanecer incambiadas. Menos aún puede pretender que el Legislador actúe de una determinada manera...El Legislador tiene que estar abierto hacia el futuro, tiene que tener la posibilidad de reaccionar sobre nuevos desarrollos o evoluciones, admitir nuevos conocimientos e imponer nuevas concepciones políticas, como también corregir en el futuro viejos errores...El ciudadano debe, en un Estado democrático, confiar en que el Legislador

⁷⁸ Cfr. ALONSO GARCIA, María Consuelo. *Ob. cit.* pp. 163.

⁷⁹ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. cit.* págs. 34 y 35, citando a Harmut Mourer, *Kontinuitätsgewehr and Vertrauensschutz*, cit., pp. 243-244.

parlamentario plasme en sus trabajos lo que le ha sido transmitido por el pueblo en su mandato democrático. **Esta confianza es la que corresponde en el ámbito político y se realiza también con medios políticos (elecciones, opinión pública)”**.

Para ratificar que toda protección a las decisiones legislativas del Estado alemán, debe estar sujeta al Derecho Comunitario, citamos el artículo 288, del Tratado Comunidad Europea (texto consolidado); que corresponde al antiguo artículo 215, que en su parágrafo 2, dice:

“En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

1.3. Italia

Uno de los primeros autores interesados en investigar este asunto fue el profesor Santamaría Pastor⁸⁰, quien en su ya citado ensayo indagó si la Administración italiana

⁸⁰ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Ob. Ci. p98. *"La única consecuencia jurídica que deriva inmediatamente de la decisión en virtud de la cual la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad del precepto de una ley consiste en la cesación de la eficacia de dicho precepto... La inconstitucionalidad de una ley no engendra por sí misma, por tanto, la responsabilidad del Estado frente a los particulares o personas morales a los que la ley es aplicable. Ello parece deducirse además de los principios generales que rigen la institución de la responsabilidad por daños. Para que esta responsabilidad pueda producirse, es esencial, en efecto, que exista un comportamiento ilegítimo que provoque el hecho dañoso. Pero siendo así que el hecho dañoso, como he dicho anteriormente, no nace jamás de un simple acto formal (pronunciamiento-declaración), sino, bien al contrario, de un comportamiento material realizado como consecuencia o no de un acto formal, es evidente, por tanto, que los órganos parlamentarios, en el ejercicio de la función legislativa, son incapaces ... de adoptar un comportamiento idóneo por sí mismo para causar el hecho dañoso. La adopción de una ley contraria a la Constitución no supone por sí misma un comportamiento que provoque la lesión directa y actual de la esfera jurídica de un particular. El daño podrá producirse cuando entre en juego el acto de ejecución de la ley inconstitucional... De tal forma, no existiendo hecho dañoso alguno, es evidente que resulta imposible hacer derivar una responsabilidad del Estado de la mera aprobación de una ley inconstitucional"* (GALEOTTI, *La responsabilité de l'État pour le comportement illégal de ses organes: Italie*. en el volumen *"Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe"*, del Max Planck-Institut für ausländisches-offentliches Recht und Völkerrecht, coloquio internacional de 1964 en Heidelberg, Cari Heymanns Verlag, Köln-Berlin, 1967, página 295 y ss; en particular, el texto, pp. 337 y 338).

Estas expresiones, clara muestra de un equívoco terminológico sufrido al afrontar un cuestionario propuesto a personas de diversos países, formulan una conclusión que es sustancialmente exacta en el ordenamiento italiano —otros muchos textos podrían aducirse en la doctrina germana—, pero no suponen de forma alguna una negativa rotunda a la cuestión inicial que este estudio se plantea. Es preciso trasladarse a un plano dogmático diverso y preguntar no si el Estado responde de los daños patrimoniales causados por una norma, sino, más genéricamente, si el Estado asume de algún modo un deber de resarcimiento por las ablaciones patrimoniales producidas por un acto normativo o reglamentario (y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones). La

responde de los daños patrimoniales causados por un acto legislativo o normativo, comprensible para una mentalidad francesa, resulta, en palabras del autor desorientadora para los juristas italianos, que no reconocen que la inconstitucionalidad de la Ley por sí misma conlleve una responsabilidad del Estado frente a particulares o personas morales a los que la Ley es aplicable.

A juicio de Santamaría Pastor⁸¹, la doctrina italiana se había planteado el tema con superior profundidad y finura. El tema se plantea, desde el punto de vista de la teoría del sacrificio, de modo abierto: ¿existe un derecho a indemnización en relación con los daños producidos por actos legislativos? o, desde la perspectiva opuesta, ¿se halla el Legislador vinculado constitucionalmente a resarcir los daños que causa a los particulares en el uso de su potestad normativa? Como puede apreciarse, el tratamiento del problema es frontal, sin referencia alguna a una justificación en la idea de culpa o ilícito, dato que no se toma directamente en cuenta. En su momento el profesor citado señaló, que la respuesta a este interrogante era unánimemente positiva, si bien condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial. Dijo, que la respuesta se basaba en dos principios: uno de carácter teórico o ético, aplicación estricta del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultaban necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos. Y otro, de naturaleza positiva, el principio de intangibilidad relativa del patrimonio, deducido por vía analógica del artículo 42.3 de la Constitución, que definía el instituto expropiatorio y lo condicionaba a la existencia de una indemnización; la relatividad del principio se manifiesta en la regla de *la conversión*, de pura raíz germana, según la cual la prevalencia del interés

comparación con el sistema francés sólo es posible teniendo en cuenta dos precisiones básicas: primera, la extrema complejidad de títulos indemnizatorios que presentan los ordenamientos administrativos alemán e italiano, (Así, en Alemania, fuera de los dos institutos básicos de la expropiación y de la responsabilidad (Enteignung y Haftung, arts. 14 y 34 de la Grundgeseu), la sistematización de los restantes títulos indemnizatorios ofrece variaciones según los diversos autores: FORSTHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, trad. esp., Madrid, 1958, p. 412 y ss., distingue entre títulos genéricos (indemnización, sacrificio: Entschädigungsanspruch, Aufopferungsanspruch) y específicos (Schadenersatzanspruch, por actos ilícitos culpables de los funcionarios); WOLFK, Verwaltungrecht I, 7.a ed., München, 1968, p. 418, los reúne en el sacrificio (Aufopferung) y en las intervenciones asimiladas a la expropiación (enteignungsgleicher Eingriff), conforme al criterio de la sentencia de 9/10 de junio de 1952 del Bundesgerichtshof: vid. en la doctrina española, NIETO, Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa, núm. 38 de esta REVISTA, pp. 91 y 92. En Italia)".

⁸¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Ob. Ci. pp. 131.*

público sobre los derechos privados se refleja únicamente en la posibilidad de conversión de los mismos en su equivalente o *giusta indennita*⁸².

La aplicación de una responsabilidad patrimonial del Legislador, en el Derecho italiano sólo puede entrar en juego cuando⁸³ una Ley es anulada por la Corte Costituzionale por no haber respetado la garantía constitucional del patrimonio privado. Es decir sólo si la Ley fuese inválida por infracción de normas constitucionales el daño que cause sería propiamente ilícito y, por ende, resarcible⁸⁴. En Italia, al estar garantizado constitucionalmente el derecho de propiedad, la expropiación se indemniza.

En el caso italiano, todas y cualquiera de las formas de responsabilidad patrimonial extracontractual se rigen por el artículo 2043 del Código Civil que dice: “Resarcimiento por acto ilícito. Cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño”. García de Enterría⁸⁵, destacando la expresión daño injusto, citando a G. Duni, dijo: “Cuando falta una Constitución rígida, el acto legislativo legalmente emitido, constituye siempre una “causa de justificación”, del posible perjuicio que cause su aplicación idónea para excluir la ilicitud de dicho perjuicio”, y adiciona señalando: “Pero en Ordenamientos como el nuestro, llamados justamente de “Constitución rígida”, la causa de justificación puede estar viciada por contraste con la norma constitucional y ser por consiguiente in idónea para justificar el daño, que debe, por consiguiente, ser considerado ilícito”. García de Enterría, cita este autor, porque en su tesis de la responsabilidad patrimonial por Leyes válidas, deja la sensación de que aunque hasta la fecha, no se haya declarado la responsabilidad patrimonial general del Estado por Leyes válidas, es probable que esa hipótesis se presente.

Por considerar de gran importancia la conclusión a que llegó en su momento el destacado profesor Santamaría Pastor⁸⁶, citamos su notable argumento:

⁸² *Ibíd.*, pp. 132.

⁸³ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. cit.* pp. 164.

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 165 citando a G. Duni. *Lo Statu e la responsabilità patrimoniale*. Milano 1968 pp. 390.

⁸⁵ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. cit.* pp. 165 citando a G. Duni. *Lo Statu e la responsabilità patrimoniale*. Milano 1968 pp. 390.

⁸⁶ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Ob. Ci.* pp. 131.

“El análisis que hasta aquí se ha realizado demuestra que el tema de las relaciones ley-propiedad no puede tenerse por definitivamente resuelto. En la larga historia de las tensiones entre el principio de inmunidad del soberano y el dogma de la garantía de la propiedad, el derecho público europeo no ha pasado de alcanzar un status transaccional con fuertes altibajos. Las ideas de BRACKTON y de VOLTAIRE que encabezan este trabajo siguen jugando como elementos dinámicos y operantes en la mentalidad jurídica de nuestro tiempo. Ciertamente, la progresiva socialización de la vida económica parece imponer un renacimiento del principio de inmunidad, exigencia de viabilidad para la tarea conformadora de la Administración providencial; pero el principio de garantía está aún muy lejos de ser totalmente descartado.

En cualquier caso, una advertencia que se impone es la de una elemental prevención contra las calificaciones apresuradas desde el punto de vista ético. El binomio de impostaciones progresivo-reaccionario es de resultados equívocos en este resbaladizo tema. En realidad, todo es relativo. Calificar de burgués-reaccionario al principio de garantía patrimonial y de progresista al principio de inmunidad, sin más, sería demasiado frívolo; en verdad, la mejora vital de las clases proletarias resulta incompatible con el mantenimiento rígido del statu quo patrimonial. Pero tampoco puede lícitamente olvidarse que el proceso de tensiones se desenvuelve en el marco de una economía capitalista, en la cual el quebrantamiento de la propiedad ajena posee una función perfectamente definida de ensanchamiento y enriquecimiento de la esfera de disponibilidades propias; en el seno de una situación de guerra abierta de poderes económicos, la minusvaloración o eliminación del principio de garantía patrimonial en beneficio del poder del Estado supone entregar la esfera económica del individuo —presupuesto primario para el ejercicio efectivo de las libertades, como demostró el análisis marxista— a las manipulaciones de los grupos económicos que controlan y dirigen el Estado. Así lo advertía lúcidamente ENGELS en 1884, en su libro sobre el origen de la familia, la propiedad privada y el Estado: “De hecho, desde la primera hasta la última de esas pretendidas revoluciones políticas se han hecho en defensa de una especie de propiedad y se han realizado por medio de la confiscación o, dicho sea de otra manera, de un robo de otra especie. Tanto es así que, desde hace tres mil años, no ha podido mantenerse la propiedad sino por medio de la violación de la propiedad.”

Ante esta situación, forzoso es detenerse; no por escepticismo, sino por imposibilidad de ir más allá. Si un principio debe prevalecer sobre otro o si, más radicalmente, es todo el sistema el que ha de dar un vuelco, eso el Derecho no puede decirlo”.

1.4. España

1.4.1. Primeras propuestas doctrinales

Santamaría Pastor⁸⁷, planteó dos interrogantes; “¿tiene sentido mantener a ultranza el clásico principio de la irresponsabilidad del Estado legislador? y, ¿resulta hoy factible prever la eliminación de esa última fortaleza de la inmunidad estatal?”. Para resolver estas inquietudes, las respuestas varían de un país al otro y agregaba que el enfrentamiento con el tema se realiza desde perspectivas muy diversas, solucionando el problema o dejándolo sin resolver de acuerdo con la inercia y las exigencias internas del propio sistema social. Luego de

⁸⁷ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista de Administración Pública No. 68, pp. 69.

este planteamiento, se presentan los cambios constitucionales y legales que facilitan la entrada en vigor del régimen de responsabilidad que actualmente rige.

Según García de Enterría⁸⁸ toda Ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de dicha ley, que no es otra cosa que un imperativo de la política legislativa que debe existir en todo Estado de Derecho, porque no es el príncipe sino *“Dios el origen de todo derecho”*⁸⁹.

Garrido Falla, por su parte, puntualizó:

*“Por su parte, sostuvo correctamente en una fase inicial que para que los Tribunales Contencioso-Administrativos pudiesen declarar responsabilidad por el hecho de una Ley era preciso que esta fuese declarada previamente inconstitucional”*⁹⁰.

Y complementó:

*“Pero entendió que sin necesidad de ello el juez contencioso-administrativo podría declarar la indemnización si la ley tenía contenido expropiatorio en algunos casos (incluido el de la reducción de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, por cierto) con razonamientos que no alcanzo bien a discernir”*⁹¹.

1.4.2. El precedente jurisprudencial

En relación con la jurisprudencia sobre responsabilidad legislativa, encontramos la Sentencia por jubilación anticipada y modificación del régimen de incompatibilidades; el Tribunal Constitucional (Sentencia 108/1986) llegó a reconocer que la modificación legal podría originar una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicio económico que puede merecer algún grado de compensación: *“es posible, incluso, que esta*

⁸⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ob. cit. pág. 142 citando a F. GARRIDO FALLA. Sobre la responsabilidad del Estado Legislador en revista de administración pública No. 118 de 1989, pág. 46.

⁸⁹ Ibid. pág. 47 citando a F. CERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, Basel, s.d, en Bruno Schwabe & Co. Verlag. La obra original del primero de los trabajos, *Recht, que es el que nos interesa*, procede de 1914, Leipzig. Pág. 13.

⁹⁰ Cfr. F. GARRIDO, Falla. Sobre la responsabilidad del estado Legislador. Revista de Administración Pública. Tomo 118, 1989, p. 46.

⁹¹ Ibid., pp. 53 y s.s.

finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún tipo de compensación”.

Este mismo razonamiento se reiteró más adelante en la Sentencia 99 del 11 de junio de 1987, relativa al adelanto de la edad de jubilación, en esta ocasión de todos los funcionarios públicos. El fundamento jurídico 6.a) de la misma señaló: *“esto no impide añadir – como se dijo en la sentencia 108 de 1986...referida al anticipo de la edad de jubilación de jueces y magistrados- que esa modificación legal origina una frustración en las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación”.*

Así mismo, la Sentencia 70 del 19 de abril de 1988, también del Tribunal Constitucional, tras reiterar que la nueva situación creada por la Ley puede originar una frustración de las expectativas existentes o perjuicios económicos que pueden conllevar una cierta forma de indemnización a cargo del Estado, señaló: *“por lo demás, y al margen de la solución judicial que se dé al caso aquí planteado, es claro que situaciones como las resueltas..., tendrían más fácil y justa solución si el legislador, que constitucionalmente ha rebajado la edad de jubilación...que quienes han visto o verán anticipada su jubilación respecto a la edad fijada en el momento de su ingreso en la función pública, y no han podido por ello alcanzar el número de años de servicio necesario para obtener el haber regulador que hubieran podido lograr de haber permanecido cinco años más en activo, encuentren una solución que les permita, mediante un ajuste establecido por el legislador, percibir esos mismos haberes pasivos inalcanzables para cada uno de ellos por una decisión legislativa no contraria a la Constitución, pero creadora de perjuicios difícilmente justificables”.*

Estos pronunciamientos fueron interpretados por el pleno del Tribunal Supremo en sentido favorable a la pretensión resarcitoria, y demuestran que el servicio público de legislación, cuando actúa voluntariamente y lesiona sin justificación los derechos de los ciudadanos, debe indemnizarlos como acertadamente lo definió en sus Sentencias⁹².

⁹² Tribunal Supremo Español. Sentencias AZ 10105 y 10106 del 15 de julio de 1988. Pte. Sr. Sánchez de Andrade y AZ 10107 del 25 de septiembre de 1988. Pte. Sr. Jiménez Hernández.

El Tribunal Supremo⁹³, invocando el art. 139.3 de la Ley 30/92 y la jurisprudencia, comenzando por la Sentencia de 11 de octubre de 1991, con referencia a las vías de indemnización contempladas en la misma, siguiendo con las sentencias de 5 de marzo de 1993, 20 de enero de 1999, 17 de enero de 2000, concluye, siguiendo la misma doctrina, que en el Derecho español se admite la existencia de una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado por razón de actos legislativos, siempre que se den los siguientes requisitos:

El fundamento de la responsabilidad a que hace referencia no radica en el art. 33 de la Constitución, sino en su art. 9.3, que impone el principio de seguridad jurídica; el fundamento no radica en la privación o limitación conforme a la Constitución de derechos preexistentes, sino en la frustración de meras expectativas, que en los casos y en la forma que exige la teoría y doctrina invocada son indemnizables; que exige el establecimiento y regulación de la misma por una Ley; que dicha regulación en sentido formal queda ratificada por el art. 139.3 de la Ley 30/92; y concluye que tal exigencia y existencia de responsabilidad patrimonial del Estado por sus actos legislativos, es procedente en el caso de alteraciones del régimen jurídico del ejercicio de profesiones liberales, invoca la doctrina de la Sentencia de 5 de junio de 1997 entendiendo que reconoce la indemnización de los perjuicios causados en derechos consolidados si estuviera en vigor el art. 139.3 de la Ley 30/92, la Sentencia de 18 de julio de 1997 para señalar que la cuestión resuelta por los Tribunales sobre la edad de jubilación de los funcionarios no es equiparable al ejercicio de profesiones liberales, la Sentencia de 2 de diciembre de 1992 para indicar que su doctrina está superada y, finalmente, la Sentencia de 11 de febrero de 1999, para concluir que, cuando mediante medidas legislativas se imponen limitaciones al ejercicio de las profesiones liberales, no se están eliminando meras expectativas, sino auténticos derechos consolidados, que en la mayoría de los casos ha supuesto a los profesionales un gran coste de infraestructuras materiales y humanas, actuando sobre la confianza en la no alteración futura de las circunstancias y el Estado, sin otro fundamento que el simple capricho, cercena tales derechos y rendimientos económicos futuros, quedando obligado a indemnizar.

⁹³ Cfr. Tribunal Supremo Español, Sentencia 23 de diciembre de 2010 No. Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo Sentencia de 16 de diciembre de 2008 Referencia CENDOJ: 28079130062008100484 RECURSO DE CASACIÓN Núm: 453/2006 Ponente Excmo. Sr. OCTAVIO JUAN HERRERO PINA.

Según esta descripción, la figura de la responsabilidad del Legislador en España se ha fundamentado principalmente en el principio de la confianza legítima. Hoy, el título de imputación más frecuente consiste en que una Ley sea contraria al Derecho Comunitario, como lo sostuvo el Tribunal Supremo español recientemente⁹⁴.

Acerca de la necesidad de observar los precedentes jurisprudenciales, además de establecer con claridad de dónde se deriva la responsabilidad del Legislador, el Tribunal Supremo⁹⁵, califica como "novedosa y controvertida doctrina" establecida a partir de su Sentencia de 29 de febrero de 2000, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la aplicación de una norma con rango de Ley formal posteriormente declarada inconstitucional, observaciones que le llevan a rechazar su aplicación, cuando no son análogos los supuestos de hecho sobre los que versan, tal como pusieron de manifiesto las sentencias, también de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 al distinguir entre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador⁹⁶ derivada de la vulneración de la Constitución y la que deriva de la vulneración del Derecho Comunitario.

El principio de confianza legítima, al que luego nos referiremos con mayor precisión, es objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo, que en Sentencia reciente, precisó que la

⁹⁴ Cfr. Tribunal Supremo Español, Sentencia 23 de diciembre de 2010 No. STS-7025. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina. Responsabilidad patrimonial por acto legislativo. Incumplimiento del Derecho Comunitario. Indemnización por perjuicios derivados de la limitación del derecho a la deducción del IVA soportado en bienes y servicios financieros mediante subvenciones.

⁹⁵ Cfr. Tribunal Supremo Español, Sentencia 23 de diciembre de 2010 No. STS-219/2007. Ponente: Carlos Lesmes Serrano.

⁹⁶ Cfr. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia de 24 de febrero de 2010, Referencia:1863/2008, Ponente Sr. CELSA PICO LORENZO. Sobre el sometimiento del legislativo a la Constitución, el Tribunal precisó: "Avanzando en los requisitos exigibles para que pueda prosperar una pretensión de responsabilidad patrimonial se ha de examinar la concurrencia o no de la antijuridicidad, afirmada por la Sala de instancia, mas rechazada por la parte recurrente en casación. Partimos de que el art. 139 LRJAPAC expresa en su apartado 3 que "Las administraciones pública indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos". Sin perjuicio de que la norma no hubiere establecido nada, ni tampoco hubiere habido pronunciamiento del Tribunal Constitucional enjuiciando su eventual inconstitucionalidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, recurso de casación 634/2008) hemos de partir de que esta Sala desde su sentencia de 29 de febrero de 2000, recurso de casación 49/1998 ha venido mantenido que aunque la ley no declare nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador, en cuanto que el poder legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos quedan bajo el imperio de aquella".

quiebra del principio de confianza legítima se muestra como el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente.

Enfatizó entonces el Tribunal: “Principio el anterior, plenamente incorporado a nuestro ordenamiento y que debe ser respetado por las Administraciones Públicas (art. 3.1 LRJAPAC), mas de amplia raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y justamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro de las Comunidades Europeas. Y justamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por infracción del Derecho de la Unión basada en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional (Sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, Transportes Generales y Servicios Generales SAL)”.

Aquella regulación muestra de forma clara que un requisito ineludible para la prosperabilidad de la pretensión es que el particular *"no tenga el deber jurídico de soportar"* la lesión producida por la aplicación del acto legislativo. Tal condición vuelve a reproducirse como exigible en el art. 141.1. al establecer que *"sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"*.

Se insiste por la jurisprudencia en que "existe ese deber jurídico de soportar el daño cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin indemnización".

Luego el Tribunal Supremo⁹⁷, al estudiar el tema de la antijuridicidad del menoscabo, la Sala cita los supuestos en los que "(...) el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la

⁹⁷ Cfr. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia de 18 de enero de 2011, Referencia CENDOJ: 28079130042011100008, RECURSO DE CASACIÓN Núm: 429/2009, Ponente Excmo. Sr. ANTONIO MARTI GARCÍA.

Ley o norma con fuerza de Ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño ", precisando el Tribunal que dicha regla general es la que se desprende de la jurisprudencia iniciada en las Sentencias del año 2000.

A partir del año 2000, más exactamente del 22 y 29 de febrero, el Tribunal Supremo Español ha dictado Sentencias reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en una serie que han excedido probablemente del centenar⁹⁸, en las que se ordenó la devolución a los recurrentes los importes íntegros de los gravámenes, más los intereses legales y en varios casos con la revalorización del importe pagado en 1990, desde el momento de su pago al de su reintegro efectivo⁹⁹. Esta jurisprudencia se ha caracterizado como un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por haber dictado la Ley que el Tribunal Constitucional había anulado por inconstitucional; dijo García de Enterría¹⁰⁰: *"hemos admitido la posibilidad de existencia de responsabilidad patrimonial de la administración como consecuencia de la actuación del Estado legislador cuando han existido actuaciones concomitantes de la administración causantes de un perjuicio singular, aunque éste, de manera mediata tenga su origen en la Ley"*.

El debate sobre este particular se está reabriendo¹⁰¹, de tal manera que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo dan la posibilidad de indemnizar a los particulares cuya causa haya sido las disposiciones legislativas. En este mismo sentido se citan¹⁰²

⁹⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Ob. cit.* pp. 230.

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 231.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, cit. p. 231.

¹⁰¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *Ob. Cit.* pp. 43.

¹⁰² Cfr. PULIDO QUECEDO, Manuel. *Código de La Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Edt. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra – España). 2001 pp. 60-68.

STS, Sala 3ª, 13 de junio de 2000, (RJ 2000, 5939). *La responsabilidad del Legislador como sinónimo de la actuación administrativa que causa un perjuicio singular siempre que tenga su origen en la ley: evolución jurisprudencial.*

STS, Sala 3ª, 13 de junio de 2000 (RJ 2000, 5939). *La consagración de la responsabilidad por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria en el artículo 139.3 LRJ-PAC: alcance y consecuencias.*

STS, Sala 3ª, 13 de junio 2000 (RJ 2000, 5939). *Los efectos de la responsabilidad del Legislador por leyes*

Sentencias en las que se puede apreciar que la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y así se ha aplicado.

Acerca de la novedosa doctrina de la responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de Leyes declaradas inconstitucionales, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000¹⁰³ señaló la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de una norma declarada inconstitucional. Según este antecedente jurisprudencial, se puede señalar que el juez español, no se ha mostrado renuente a declarar la responsabilidad, que como consecuencia de una deficiente tarea legislativa, su resultado es la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley¹⁰⁴.

inconstitucionales: obligación de indemnizar.

STS, Sala 3ª, de 29 febrero 2000 (RJ 2000, 2730). Responsabilidad, excepción de cosa juzgada y las consecuencias patrimoniales de la STC 173/1996: el caso juegomatic.

STS, Sala 3ª, 13 de junio 2000 (RJ 2000, 5939). La acción de responsabilidad extracontractual derivada de actos legislativos ejercitada como cuestión distinta de los efectos de cosa juzgada de las sentencias constitucionales.

STS, Sala 3ª, de 27 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9577). El esclarecimiento de la doctrina anterior: las vías procesales para reclamar la indemnización por leyes declaradas inconstitucionales: la simultaneidad o sucesión para instar la acción de nulidad <ex> artículo 102 de la LRJ-PAC y/o la acción de responsabilidad patrimonial.

STS, Sala 3ª, de 13 de junio 2000 (RJ 2000, 5939). El plazo de un año para ejercicio de la acción de responsabilidad por inconstitucionalidad sobrevenida de una ley: cómputo. La doctrina de la <actio nata>: el cómputo a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional.

¹⁰³ Cfr. PULIDO QUECEDO, Manuel, Ob, Cit, p. 63.

¹⁰⁴ “Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.

La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada, que en ningún momento fue consentida por la entidad interesada, la cual agotó todos los recursos de que dispuso. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actuación viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión. La firmeza de la sentencia, así ganada, no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso-administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional.

Concurren, pues, los requisitos para que declaremos la obligación de la administración del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la norma declarada inconstitucional”. STS, Sala 3ª,

Por otra parte, a los Tribunales Contencioso-Administrativos les corresponde con carácter exclusivo determinar si hay lugar o no a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la Ley anulada, aplicando los principios generales de derecho (Sentencias 30 de Enero y 6 de febrero de 2001)¹⁰⁵. Además, cuando se trata de definir nada menos que una responsabilidad del Estado como consecuencia de la aprobación de Leyes válidas, a las que ningún reproche de inconstitucionalidad les fuese imputable, la jurisprudencia ha expresado¹⁰⁶: *“el Tribunal Supremo, se apoya en ellas para afirmar que Leyes perfectamente válidas pueden dar lugar a una responsabilidad del Estado por los actos del Legislador, problema que la doctrina científica y el derecho comparado abordó en un sentido favorable, invocando ahora como base legal el artículo 9.3 de la Constitución, a que luego nos referiremos. Tras esta primera incidencia, las primeras Sentencias que declaran ya formalmente responsabilidad patrimonial por Leyes cuya constitucionalidad no se cuestiona, fueron las de 5 de Marzo de 1993, 27 de Junio de 1994 y 16 de diciembre de 1997, las tres sobre daños causados a empresas pesqueras nada menos que por el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas”*; doctrina que el Tribunal Supremo¹⁰⁷, declaró cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución produzca unos graves y ciertos perjuicios que el Ordenamiento legal respalda en los artículos 9 de la Constitución y 40 del régimen jurídico de la administración del Estado, según lo precisó la Sentencia de 15 de julio de 1987.

El Tribunal Supremo¹⁰⁸, hizo un análisis en el que señaló, que “aunque hasta la

de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2730).

¹⁰⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Ob. cit. pág. 239.

¹⁰⁶ Ibid., pp. 73.

¹⁰⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Ob. cit. pp. 80.

¹⁰⁸ Cfr. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 29 de abril de 2010 Referencia CENDOJ: 28079130042010100205. RECURSO DE CASACIÓN Núm: 591/2008. Ponente Excmo. Sr. ENRIQUE LECUMBERRI MARTI. Resaltó el Tribunal: “El personal sujeto a régimen estatutario que está al servicio del Estado no goza de un derecho subjetivo, sino de una simple expectativa a que la jubilación forzosa se produjese a una determinada edad, pues de admitirse lo contrario conduciría a una petrificación del derecho.” Y, en anteriores sentencias, como la de diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y siete y doce de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, señalamos que “consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aún procedente del Poder Legislativo, supone para unos concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio de igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado a asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado”. Tampoco podemos olvidar bajo que este

promulgación de la Ley 30/1992, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no tuvo un marco legal de directa aplicación por falta de desarrollo normativo múltiples Sentencias fueron dictadas por nuestra Sala sobre esta materia cuya doctrina en principio podríamos sintetizar en estos términos: *"no puede construirse por los Tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, ni tampoco mediante la aplicación analógica de los preceptos legales que regulan la responsabilidad de la Administración"* -Sentencias de ocho de abril y dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y siete.-

Ahora bien, esta doctrina no significa que hubiéramos descartado "a priori" la posibilidad de una responsabilidad del Estado derivada de actos legislativos, como de hecho lo reconocieron otras Sentencias que se pronunciaron sobre la modificación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, -Ley 30/1984, de 2 de agosto-, y de Jueces y Magistrados, -Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio-, e incompatibilidades de los funcionarios públicos, que dieron lugar al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad resolviendo por primera vez el fondo de la cuestión la Sentencia del Pleno de treinta de noviembre de mil novecientos noventa y dos”.

Es preciso señalar que la aplicación en Francia del principio de igualdad ante las cargas públicas, no se derivó en modo alguno de que en su Constitución de aquella época estuviese regulado el derecho a la igualdad como lo establecen hoy varios textos constitucionales entre ellos el español que dispone: “Artículo 14.-Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; texto

marco normativo, anterior a la Ley 30/1992 se han dictado diversas sentencias que estimaron pretensiones indemnizatorias por responsabilidad del Estado legislador, como es el caso de las sentencias de cinco de marzo de dos mil tres y veintisiete de noviembre de dos mil cuatro, por los daños derivados del cambio introducido por el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económico Europea, que dispuso la eliminación del sistema de cupos de pesca exentos de arancel, en donde apreciamos que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones -que se vieron frustradas- fundados en la confianza generada por las medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de la buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas”.

constitucional que debe ser armonizado con el “Artículo 31.1.-Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso tendrá alcance confiscatorio”; sin pasar por alto, el “Artículo 9.3.- La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; preceptos que deberán ser tenidos en cuenta por el juez en el instante de pronunciarse acerca de los daños, según el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

1.4.3. ¿El fundamento de la responsabilidad del Estado legislador, está en la Constitución o en la Ley?

En España la Constitución no concreta la responsabilidad derivada de actos del Poder Legislativo; no existe norma precisa que haga referencia alguna a lo que se ha denominado responsabilidad del Estado legislador.

La Ley 30/1984 de 2 de agosto, en su artículo 33 adelantó la jubilación forzosa de los funcionarios a los sesenta y cinco años de edad. Los funcionarios prematuramente jubilados presentaron recursos, que conformaron las decisiones del Tribunal Supremo primero y del Tribunal Constitucional después, mediante las cuales se reconoció la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Ocho años más tarde se aprobó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Su artículo 139.3 rechazó la existencia de responsabilidad legislativa a menos que “así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

En el Derecho español, como lo hemos dejado expuesto, la doctrina mucho antes de entrar en vigencia la tesis indemnizatoria derivada de los artículos 9.3¹⁰⁹ (principio de

¹⁰⁹ Cfr. Constitución Española. Artículo 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía

responsabilidad de los poderes públicos) y 106.2¹¹⁰ (derecho a ser indemnizado en los bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos), de la Constitución Española, así como el artículo 139.3 de la Ley 30/92¹¹¹ (derecho a indemnización por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos), se había pronunciado en forma expresa sobre el asunto.

Dentro de este marco descriptivo, el artículo 141.1. de la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, establece que:

“sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para esos casos”. En esta disposición legal ya observamos como el legislador comienza a aplicar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

La (LRJPA) Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 139-3, define el principio de igualdad ante las cargas públicas: *“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que establezcan dichos actos”*.

normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Edit. Aranzadi S.A. 2010, p21.

¹¹⁰ Cfr. Constitución Española. Artículo 106.2: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Edit. Aranzadi S.A. 2010, pp. 74.

¹¹¹ Cfr. Ley 30/92. Art. 139.3. *Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*.

Lo anterior indica, que toda solicitud de indemnización que se haga a través de una reclamación, debe estar precedida de la existencia de un daño que no se tiene el deber jurídico de soportar.

Sobre este particular, Leguina Villa, citado por García de Enterría¹¹², consideró que: *“bajo el imperio de la Constitución y de la Ley no haya ningún poder público exento e inmune a los controles que la propia Constitución organiza, de suerte que, a través de tales controles y de los procedimientos legales prescritos al efecto, pueda exigirse aquella responsabilidad (política, penal, civil, administrativa, disciplinaria o contable) que en cada caso proceda a los titulares de los cargos y funciones públicas y a los entes y órganos en que aquellos se integren”*.

En España¹¹³ existen opiniones diversas. Se han dictado Sentencias, por parte del Tribunal Supremo, en las que se ha apartado del criterio según el cual no puede descartarse que pueda existir responsabilidad. Ha reconocido la responsabilidad patrimonial del Estado, por perjuicios producidos al afectado de manera especial por la legislación aplicable, como una actividad del Legislador, distinta de la expropiación forzosa.

Distinta es la posición que pueda asumir uno u otro autor. Alonso García¹¹⁴, admite la posibilidad de enjuiciar al Legislador por la producción de sus Leyes. Para Gallego Anabitarte,

¹¹² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ob. cit. pág. 108

¹¹³ “El razonamiento en atención al cual los daños causados por leyes sólo pueden ser objeto de compensación si los mismos pueden ser calificados de expropiatorios, no es unánime en el panorama doctrinal español. El profesor GARRIDO FALLA encuentra un cauce de posible exigencia de reparación de estos perjuicios trasladando las bases de la teoría de la responsabilidad administrativa a este concreto ámbito. El núcleo central de esta argumentación se situará en la admisión de la imputación al Parlamento del elemento esencial de la construcción de aquella institución, la ilicitud o falta...”

“A nuestro juicio, sin embargo, el art. 33 del Texto constitucional lejos de proteger el derecho a la igualdad, es garante del derecho a la propiedad privada. La producción de un daño a un individuo concreto que supusiera un atentado contra aquél principio no entraría en contradicción con el mencionado precepto, sino con el artículo 14 del mismo texto. Además, la responsabilidad patrimonial de la administración pública por la producción de Reglamentos, que es cabalmente el ámbito en el que actúa el elemento de la desigualdad ante las cargas públicas como requisito para su aceptación, no toma en consideración la legalidad o ilegalidad de la disposición administrativa de carácter general para entender configurado el derecho a la reparación, sino que actúa con independencia de aquél juicio axiológico.

Al margen de este supuesto, otros autores han elaborado la teoría de la responsabilidad del Legislador de mayor cauce de aplicación que la anterior, y que se ampliaría a la reparación de los daños que tuvieran su origen en leyes ajustadas a la Constitución”. ALONSO GARCÍA, María Consuelo, Ob. Cit. p 35-36.

¹¹⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. Ob. Cit. p 37-38.

existe la eventualidad de declarar responsable al Legislador por las Leyes. Trae a su análisis la tesis de Garrido Falla, quien afirmó que el hecho de que exista dificultad en admitir dicha responsabilidad “*no significa que no sean o no puedan ser fuente de responsabilidad*”.

Sobre el tema de la responsabilidad del Estado legislador¹¹⁵, se cita un caso de unos funcionarios públicos que instauraron una acción con el fin de buscar que se declarara responsable al legislativo por ser ese órgano del Estado el que había proferido la Ley sobre adelantamiento de la edad de jubilación; según García de Enterría¹¹⁶, ponerle límite a la actividad del Legislador aceptando indemnizaciones por la expedición de Leyes bloquea y congela el Ordenamiento jurídico.

A pesar de lo ya comentado, García de Enterría, acérrimo defensor de la teoría de la responsabilidad objetiva, al prologar la publicación de Oriol Mir Puigpelat¹¹⁷, consideró que los perjuicios derivados de las Leyes son cargas legales y no daños, por tanto, extender el ámbito de responsabilidad de la Administración pesa demasiado sobre las finanzas públicas.

¹¹⁵ “...los afectados introdujeron diversas reclamaciones y recursos con apoyo en el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza con carácter general la responsabilidad de los poderes públicos, planteando así el problema ante el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado Legislador. En síntesis tanto aquél como éste se mostraron inicialmente favorables a la admisión de dicha responsabilidad por estimar que =consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de todos los poderes públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente (sic) del poder legislativo, supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las obligaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma por preferentes razones de interés público excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado = (S. del Tribunal Supremo en Pleno de 17 de noviembre de 1987) hasta que la Sentencia de la Sala 3ª en Pleno del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1992, puso punto final a la disputa resolviendo esta negativamente” GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid 1998. pp. 380-381.

¹¹⁶ “La jurisprudencia constitucional producida a propósito del adelantamiento legal de la edad de jubilación forzosa de los funcionarios, que ha motivado la polémica a la que hemos hecho alusión, ha entendido, como hemos visto, que tal medida no implicaba en realidad privación singular alguna de los derechos de los funcionarios, sino una nueva regulación ex novo de una situación jurídica objetiva, de un estatuto en sentido propio, que es origen fruto de la propia Ley y que, como advertiera en su día, DUGUIT, sigue en todo caso las vicisitudes futuras del Poder Legislativo del que dicho estatuto depende siempre. Poder a cuyo efectivo despliegue no puede ponerse el límite del respeto a los derechos o a las expectativas generadas por la normativa precedente, so pena de bloquear y congelar la necesaria evolución del ordenamiento jurídico”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Ob. Cit.*, p 381-382.

¹¹⁷ Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Edit. Civitas. Madrid 2002. pp. 20-25.

Mir Puigpelat¹¹⁸, es partidario de poner fin a la responsabilidad objetiva global, no queriendo decir según él que haya que eliminar la responsabilidad objetiva de la Administración, pero sí limitarla a los casos expresa y típicamente previstos en la Ley. Lo más sorprendente del argumento de este autor fue considerar que dejar en las manos del juez las reglas de la responsabilidad patrimonial de la administración amenaza los principios, democrático, seguridad jurídica y de igualdad¹¹⁹. Esta posición doctrinal está errada, porque es el juez quien da el derecho a quien lo tenga, aplicando la Ley vigente al caso concreto.

Frente a este tema, Alonso García, sostuvo:

“A partir de la Constitución de 1978, el juicio de valor sobre la justicia de la Ley es exclusivo del Tribunal Constitucional, por lo que no podrá argumentarse la responsabilidad patrimonial del Legislador fuera de los supuestos de declaración de inconstitucionalidad realizada por éste órgano, y teniendo en cuenta los efectos que el mismo quiera dar a sus sentencias 1978¹²⁰”.

Y agregó¹²¹: “Nuestro Tribunal Supremo parte de la posibilidad de reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado – Legislador siempre que se den tres presupuestos alternativos: efectos expropiatorios de la norma legal, inconstitucionalidad de la misma o producción por ésta de graves y ciertos perjuicios que merezcan algún género de compensación”.

En España, todas las decisiones sobre aspectos de responsabilidad del Estado, son de conocimiento del juez administrativo¹²².

García de Enterría¹²³ estuvo en abierta oposición a que existan sentencias condenatorias y pago de indemnizaciones por el hecho de las Leyes, porque interfieren directa y gravemente la propia potestad legislativa:

¹¹⁸ Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol. Ob. Cit. pp. 254.

¹¹⁹ *Ibíd.*, pp. 279.

¹²⁰ ALONSO GARCÍA, María Consuelo. Ob. Cit. p 32-33.

¹²¹ *Ibíd.* p 50.

¹²² *Ibíd.*, pp. 37.

*Inc. 1º, artículo 40 LRJAE: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

*Según el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no corresponde a este orden de Tribunales <las cuestiones que se susciten en relación con los actos públicos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa>

¹²³ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Revista española de derecho administrativo. “La inexistencia de jurisdicción en los tribunales contencioso administrativos para decidir acciones de condena contra el Legislador”. Enero a Marzo de 2003. Tomo 117, Madrid, págs. 95 – 112.

“Las sentencias que declaran la obligación de indemnizar por el hecho de las Leyes son sentencias de condena que, como todas las de este carácter, sustituyen la voluntad del condenado, aquí del Legislador. Solo el Tribunal Constitucional ostenta jurisdicción sobre las leyes, pero esta jurisdicción es puramente declarativa de anulación de las Leyes y nunca de condena¹²⁴”.

Y añadió:

“En resolución, pues, no resulta simplemente posible, en elementales términos jurídicos, que un juez (ni ordinario ni con jurisdicción de constitucionalidad, pero sobre todo el primero) pueda condenar al pago de indemnizaciones al Estado legislador sin poner gravemente en cuestión las bases mismas del Estado democrático.

De existir una jurisdicción capaz de enjuiciar al Legislador, ésta debería ser, necesariamente, según el sistema constitucional (ya lo hemos notado), la del Tribunal Constitucional, único juez de las Leyes que dicho sistema admite¹²⁵”.

Concluyó:

“Queda, por tanto, perfectamente claro que no hay vía posible para que los Tribunales Contencioso-Administrativos puedan declarar válidamente, sin exceder notoriamente los cauces

¹²⁴ El argumento anterior se refuerza definitivamente en el plano técnico si se observa que las sentencias judiciales que imponen al pago de una indemnización a una ley, sin afectar a su validez, son, inequívocamente, sentencias de condena o de prestación en la terminología que recoge hoy el artículo 5.1 de la nueva ley de procedimiento civil del 2000. En ello se diferencian de las sentencias Constitucionales, que son característicamente declarativas, virtualmente en su estado puro. Este tipo de sentencias declaran «la existencia de situaciones jurídicas» preexistentes, en este supuesto la que resulta de la congruencia o incongruencia de la ley con la Constitución. Ahora bien, las sentencias de condena tienen como contenido característico, en los términos clásicos de Guasp, «la especial intimación... del órgano judicial», que abren «la vía de la ejecución forzosa» (Cfr. J. Guasp-Aragoneses, P. Derecho Procesal Civil, Tomo I, 5ª ed. Madrid, 2002, p. 240), si el condenado no cumpliera lo fallado por sí mismo. Por eso, Chiovenda pudo decir que la sentencia de condena sustituye la voluntad del condenado refractario al cumplimiento del derecho que resulta de su situación de incumplimiento.

De este modo, se hace patente que cuando un Tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del Legislador está sustituyendo la voluntad de éste; voluntad que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo («el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular», dice el preámbulo de la misma declaración tercera). Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes de cualquier juez (Cfr. García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. 5ª edición, Madrid, 2000). Incluso, por supuesto, del juez constitucional. Este, como hemos notado, puede eliminar del mundo jurídico una ley inconstitucional pero, en modo alguno puede sustituir con su voluntad propia la voluntad expresada en aquella, en todos o en cualquiera de sus preceptos, por mínimo que pueda estimarse (lo que no es el caso, por cierto, de la imposición de una carga indemnizatoria como condición de su eficacia)”.

¹²⁵ Esta conclusión puede ser absoluta, para cualquier modelo de justicia constitucional conocido. Esta es siempre una jurisdicción nomofiláctica, que protege la superioridad normativa de la Constitución sobre las leyes (Cfr. García de Enterría Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 3ª Edición, reimpresión, Madrid, 1991. p. 137 y ss) y que por ello es capaz de anular cualquier ley, aunque sólo por el argumento de su desconocimiento de la superioridad como norma de la Constitución; es, pues, una jurisdicción esencialmente declarativa, en el sentido de limitada a las acciones o procesos de ese carácter. En ningún país, no solo en España, ocurren las cosas de otra manera.

Y hemos de añadir aún: ni pueden ocurrir, pues otra cosa significaría una desnaturalización radical del papel de la justicia que se vería investida de un sorprendente poder normativo frente a la representación popular o soberana”.

constitucionales perfectamente explícitos que configuran su jurisdicción, responsabilidades patrimoniales por posibles perjuicios causados por Leyes formales, y esto tanto referidos a Leyes del Estado como de las autonómicas.

“En conclusión, es manifiesto que los tribunales contencioso administrativos cuando declaran, como están haciendo, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, están utilizando poderes que la Constitución y las Leyes en modo alguno les atribuye y que más bien contradicen frontalmente su posición institucional inequívoca, según la misma Constitución y las leyes, que no pueden, en modo alguno, ser extendidas por simple iniciativa de ningún Tribunal”

García de Enterría, no acepta que, normalmente, las Leyes puedan originar indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, porque no existe una jurisdicción que se encargue de juzgar al Legislador; salvo en dos casos excepcionales:

“De la anterior conclusión, la inexistencia absoluta de una jurisdicción legal de los jueces y Tribunales Contencioso-Administrativos para declarar cualquier responsabilidad patrimonial del Estado legislador, se exceptúan únicamente dos supuestos concretos:

- Los casos en que el Legislador haya violado el Derecho Comunitario y ello en virtud del carácter superior de las legislaciones nacionales que este último tiene (supremacía) y del efecto directo que el mismo produce en el derecho interno con obligación de los jueces de aplicación inmediata de sus preceptos sobre los de derecho interno, situación que coloca a los jueces nacionales respecto de las Leyes en una situación análoga a la que tienen con las normas reglamentarias; todo ello en virtud del artículo 93 de la Constitución, obviamente;

- Los casos de Leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional”

Según González Pérez:

“el juez Contencioso-Administrativo sólo puede actuar en estas graves materias planteando cuestión de inconstitucionalidad de la Ley supuestamente expropiatoria ante el Tribunal Constitucional y esperar a la posible declaración de inconstitucionalidad, que sólo dicho Tribunal puede hacer para poder extraer una posible consecuencia indemnizatoria¹²⁶”.

Para Moreno Fernández¹²⁷:

“De lo expuesto hasta este momento se puede concluir que, salvo que el Tribunal Constitucional delimite los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango o fuerza de Ley, la eficacia de sus declaraciones es ex tunc y, en consecuencia, nace el derecho de los ciudadanos a obtener una reparación de los perjuicios que la norma declarada inconstitucional les ha causado (siempre, claro está, que la aplicación de aquella norma legal les haya producido un daño, real y efectivo, e ilegítimo). Y la forma de obtener aquella reparación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será fundamentalmente la de la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado...”

¹²⁶ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. 2ª Edición. Madrid, 2000, pp. 75 y s.s.

¹²⁷ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. La responsabilidad patrimonial en el Estado Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla. Thomson Reuters. Aranzadi S.A. Madrid, 2009. pp. 88-87.

Agregó:

“Por el anterior motivo, no cabe duda de que el legislador tiene que tener siempre bien presentes las consecuencias de su incorrecta actuación legislativa, para lo cual es necesario que la declaración de nulidad de las normas que sean contrarias a la Constitución se haga con efectos ex tunc y sin limitación de ningún tipo, a los efectos de provocar así el consiguiente derecho de los ciudadanos a obtener la reparación del perjuicio causado por la mala actuación del Estado¹²⁸”.

García de Enterría¹²⁹ sostuvo que propondría la reforma del art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de forma que resulte perfectamente claro cuáles han de ser los efectos de las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una Ley.

Consecuentemente, los efectos de la inconstitucionalidad los sufrían directamente las partes de las distintas relaciones trabadas bajo la Ley inconstitucional. La autoridad legislativa que había producido la Ley luego declarada inconstitucional no entraba absolutamente para nada en ese problema¹³⁰.

En cuanto a los actos legislativos de naturaleza expropiatoria, la consecuencia ineludible es la indemnización, por imperativo del artículo 33.3 de la Constitución española: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. Ello supone la sujeción a la legislación general expropiatoria, salvo que la propia Ley expropiatoria establezca un régimen especial. Pero a la genérica fórmula de la Constitución, al referirse a indemnización sin más, el Tribunal Constitucional ha matizado alguna de las exigencias derivadas de la garantía constitucional.

González Pérez¹³¹, distinguió los siguientes supuestos: que el acto legislativo establezca la improcedencia de la indemnización; que el acto legislativo no contenga norma alguna sobre indemnización y que el acto legislativo contenga normas sobre la indemnización procedente. Todo ello sin pasar por alto la Ley de Aguas de 1985 y la Ley de Costas de 1988, por cuanto

¹²⁸ *Ibíd.*, pp. 63.

¹²⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial en el Estado Legislador en el derecho español*. Thomson Civitas. Aranzadi S.A. Madrid, 2005. pp. 288

¹³⁰ *Ibíd.*, 281 – 282.

¹³¹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas*. Edit. Thomson Civitas. Aranzadi 2006. pp. 88-89.

ambas tenían un contenido expropiatorio (las dos ampliaron la extensión del dominio público hidráulico, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley de Expropiación Forzosa (Art. 1, Ley de 16 de diciembre de 1954), concordante con el numeral 3, del artículo 33 de la Constitución Española. Cuando se desconoce el contenido esencial¹³², no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo y ambas Leyes habían producido a los propietarios individuales un sacrificio especial; en consecuencia, no obstante su carácter general y abstracto, aquellas Leyes tenían un contenido expropiatorio; y así lo dijeron las Sentencias constitucionales 227 de 1988 y 149 de 1991, porque los propietarios fueron despojados de sus bienes y las leyes no disponían compensaciones indemnizatorias.

El Tribunal Constitucional y las Cortes Generales, deben situarse dentro de los principios y disposiciones básicas fijados constitucionalmente, según los cuales existe una delimitación general de áreas normativas, incluso sobre decisiones del Legislador supremo, por tanto cualquier actuación de los poderes públicos, por fuera del marco constitucional es inaplicable, porque todo actuar debe estar condicionado a acatar la Constitución, es decir que la Carta contiene el remedio para los defectos que puedan hallarse en el actuar de los poderes públicos y si por algún motivo se transgrede el Derecho Comunitario hay lugar a indemnización al particular que resulte lesionado. El principio de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por vulnerar el Derecho Comunitario, por los daños y perjuicios que dicha vulneración pudiera ocasionar a los particulares fue declarado por el Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas por vez primera en el caso Francovich y Bonifaci (1991)¹³³.

Se refería al incumplimiento de la obligación de ejecutar correctamente las directivas. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estableció las bases de un régimen claramente objetivo, presidido por la mera infracción lesiva de los derechos de los particulares mediando nexo causal entre la infracción y el daño¹³⁴, sin olvidar que no cualquier infracción

¹³² Cfr. Constitución Española. Artículo 53-1. “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1,a)”

¹³³ Cfr. STJCE de 19 de noviembre de 1991 (C-6 y 9/90).

¹³⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Revista Cuadernos de Derecho Local. Edición Fundación Privada Democracia y Gobierno Local. No. 19 pp. 177 y 178. Madrid, España, febrero de 2009.*

del Derecho Comunitario por una norma nacional es susceptible de generar responsabilidad, sino tan solo aquella especialmente manifiesta y grave, susceptible de ser catalogada como suficientemente caracterizada¹³⁵. Acerca de la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho Comunitario ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “*que el principio conforme al cual los estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al Legislador nacional*”¹³⁶.

Es muy interesante destacar que hasta el momento, la existencia de un sacrificio especial para que exista responsabilidad legislativa por Leyes válidas, ha sido la constante; presupuesto al que ha de adicionarse que el daño sea individualizado en una persona o grupo de personas; así mismo, el daño debe ser especialmente grave e intenso que excedan los perjuicios normales que se derivan de la Ley, es decir, que se impongan unas cargas singulares que constituyan por su desproporcionalidad, el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Desde esta perspectiva, nuestra propuesta va más allá de estos razonamientos; por tanto, hay que precisar que el principio de igualdad ante las cargas públicas no es el único para determinar la antijuridicidad de los actos legislativos, ya que en varias oportunidades ese sacrificio especial se fundamentó en el principio de confianza legítima, porque la anormalidad del daño puede surgir cuando se produce un cambio legislativo brusco que modifica el régimen jurídico de una actividad en cuya permanencia habían confiado los particulares. Por tanto, lo que verdaderamente estructura el principio de confianza legítima es complementar la exigencia de un sacrificio especial. Desde nuestra perspectiva, el principio de confianza legítima es autónomo y no requiere para su aplicación nada distinto a esa confianza depositada por el ciudadano en su Ordenamiento jurídico.

Por otra parte, no podemos pasar por alto el tema de la limitación proveniente de la responsabilidad legislativa. Es preciso saber que en España, su Constitución según el “Artículo 106.2: Los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*

indemnizados por cada lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Esto quiere decir, que todo límite está expresamente determinado y si la Constitución guarda silencio sobre los límites, es preciso indicar que, si de la aplicación de una Ley se deriva un daño, nace de allí el derecho a ser indemnizado. Distinto es el asunto atribuido a la potestad constitucional de imponer un determinado contenido dañoso, como sucede con la potestad tributaria prevista en el sistema constitucional español en su artículo 31.

Debemos resaltar que según lo expresa el “Artículo 53.1.- Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que tutelarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 161,1, a)”. Según esta disposición, las leyes deberán respetar siempre el contenido esencial de los derechos y libertades del Capítulo Segundo de su Título I, artículos 14 a 38. En este asunto, el Legislador está obligado al cumplimiento de tales disposiciones.

Así mismo, el derecho español establece la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, sin tener en cuenta la culpa del Legislador, sino que la lesión que sufran los particulares sea antijurídica; esto es, que la acción u omisión del Legislador que lesione los derechos que materialmente están garantizados por la Constitución, conduce a que una Ley puede generar un pronunciamiento de responsabilidad patrimonial cuando aquella ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegidos.

Otro aspecto que no podemos pasar por alto, se refiere a que la jurisprudencia comunitaria ha señalado que no es compatible con el Derecho Comunitario que se haga imposible o difícil que se obtenga la reparación de un daño. Así, los daños serán indemnizables el verdadero inconveniente consiste en determinar a cuál de los poderes legislativos se le realiza la imputación de los daños que tengan su origen en el Legislador; nacional o autonómico. Planteamos este asunto en atención a que la Constitución española estableció una distribución de competencias legislativas entre las Cortes Generales y los correspondientes Parlamentos

autonómicos, plasmada en el llamado bloque de constitucionalidad; es decir, que la imputación de supuestos de responsabilidad del Estado legislador debe observarse vertical y horizontalmente, según el origen normativo. Además, se hace necesario saber si el daño se deriva de una Ley española estatal o autonómica; lo más lógico pareciera ser, que los daños debieran ser imputables al órgano legislativo que aprobó la Ley, es decir que si se trata de una Ley estatal, será imputable a las Cortes Generales, en tanto que si se trata de una ley autonómica sería imputable al legislativo de la respectiva Comunidad Autónoma.

Finalmente, debemos precisar que el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 no posee ninguna disposición acerca del procedimiento que las víctimas de daños derivados de la actividad del Legislador deban seguir para obtener la indemnización. En todo caso, el particular debe presentar una reclamación de responsabilidad ante el Consejo de Ministros antes de acudir a los Tribunales de Justicia. La Sentencia de 16 diciembre de 2004 (Ar. 590 de 2005. Ponente Lecumberri), dijo: “Como declaró nuestra Sala y Sección en A. de 28 de febrero de 2003, siguiendo el criterio de nuestra Ley 8 de enero de 1998... sólo el Consejo de Ministros puede pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad del Estado legislador y sus pronunciamientos sólo pueden ser objeto de revisión jurisdiccional por la Sala Tercera de este TC, ya que la privación de derechos legislativos, sin concreción, en un departamento ministerial, corresponde enjuiciarla al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva conforme al artículo 97, CE, que al no venir radicada en este caso en una norma de la Administración, corresponde al titular de dicha gestión administrativa, es decir, del Estado en su conjunto y totalidad”.

En suma, el Gobierno de la Nación y los ejecutivos autonómicos en España, siguen manteniendo su competencia para resolver el tema de la responsabilidad de la Administración por la actividad legislativa (al menos, mientras no exista una Ley que atribuya al Parlamento la capacidad para resolver por sus propios medios las reclamaciones de responsabilidad por Leyes).

En cuanto a la función que ejerce el Tribunal Constitucional en relación con la responsabilidad por Leyes, no existe ninguna vía jurisdiccional para que este organismo pueda reconocer indemnizaciones a los particulares por los daños que sean imputables a la actividad o inactividad legislativa.

El recurso de amparo, no está habilitado como fundamento constitucional, en atención a que la responsabilidad de los poderes públicos dentro de los que está el Poder Legislativo, que se origina en el artículo 9.3 de la Constitución española no constituye un derecho fundamental; no obstante el ciudadano posee una garantía de indemnización frente a los daños antijurídicos originados en todos los poderes públicos, incluido el Poder Legislativo.

1.4.4. Reflexiones al presente capítulo

En 1972, cuando Santamaría Pastor abordó la teoría de la responsabilidad del Estado legislador, exhibió la figura como “...*el hecho de presentarse como una cuña dirigida a los más profundos reductos de la libre decisión política, de la soberanía*”, entre dos principios opuestos: “*la inmunidad del soberano y la cobertura del particular frente a las inmisiones del poder público en su esfera patrimonial*”¹³⁷, teniendo en cuenta que por esa época existía la tendencia a reconocer la irresponsabilidad del Estado por los daños derivados de la aplicación de las Leyes; cuya naturaleza abstracta y su alcance general, daban argumentos a quienes se pudieran negar al reconocimiento de la responsabilidad legislativa.

Al margen de que la Ley persiga siempre el interés general, lo cierto es que cuando se aplica puede lesionar derechos de particulares, dando lugar a un cambio de su situación jurídica y en el evento de su restricción dañina es cuando se presenta la indemnización de aquél derecho conculcado.

En el caso de España, con la aprobación de la Constitución de 1978, su artículo 9.3 garantiza la responsabilidad de todos los poderes públicos sin excepción, y esta responsabilidad encuentra una consagración constitucional expresa, por lo que se refiere a los daños procedentes del funcionamiento de los servicios públicos y del Poder Judicial en los artículos 106.2 y 121, respectivamente. Desde estas previsiones constitucionales se ha ido presentando una responsabilidad por los daños derivados de la aplicación de las Leyes, que fue impactada por 2 normativas, a saber: La Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública,

¹³⁷ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista de Administración Pública No. 68, pp. 62.

que, adelantaron la edad de jubilación de jueces y magistrados y de los funcionarios públicos de los setenta a los sesenta y cinco años. Esta anticipación impuesta por la Ley de la edad de jubilación causó graves perjuicios económicos a la mayoría de sus destinatarios debido a la pérdida de los salarios correspondientes a los cinco años de servicio, que por ser los últimos eran los más altos, y al recorte correspondiente en la cuantía de la pensión de jubilación, sobre cuya indemnización se pronunciaron el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Influyó fundamentalmente en España la doctrina establecida por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 19 de noviembre de 1991, proferida en el asunto Francovich y Bonifaci. Según esta Sentencia, existe un principio de responsabilidad de los Estados por los daños causados a los particulares por violación del Derecho Comunitario; como consecuencia en el caso citado de unos perjuicios sufridos por unos ciudadanos por una omisión del Legislador italiano, que dejó sin trasladar una directiva comunitaria. Por tanto, el Derecho Comunitario ayuda a indemnizar aquéllos perjuicios que se derivan del incumplimiento por parte de un Estado miembro de sus obligaciones comunitarias.

Es necesario destacar cómo el artículo 139.3 de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dejó en manos del propio Legislador español, que es el causante de las lesiones patrimoniales, su eventual reparación.

Esta exclusión de responsabilidad por Leyes fue impulsada por el Gobierno y tenía como finalidad conservar los logros sociales conquistados legislativamente de posibles reclamaciones de indemnización.

La doctrina española también ha mantenido posiciones opuestas en relación con la indemnización de los daños producidos por la aplicación de una Ley que con posterioridad a su aprobación haya sido declarada inconstitucional, esto es, los llamados ilícitos legislativos. En el instante en que el Tribunal Constitucional anule una Ley, puede pronunciarse sobre los efectos de la inconstitucionalidad hacia el pasado, precisando qué actos de aplicación de la Ley permanecen y cuáles tienen que desaparecer, o incluso para el futuro, pero no tiene

potestad para enjuiciar los perjuicios concretos que hayan podido sufrir los destinatarios de una Ley inconstitucional.

Es sabido que los Ordenamientos jurídicos estudiados pertenecen al Ordenamiento jurídico Comunitario, que es autónomo respecto del de los Estados miembros de la Unión Europea. Esto indica, que el Ordenamiento jurídico Comunitario está dotado de instituciones propias, con personalidad y capacidad jurídica propias y con representación internacional y, más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de soberanía que cada uno de los Estados ha permitido para transferirla a la Unión Europea, Esto se traduce en una aptitud para dictar normas jurídicas propias, directamente aplicables a los Estados miembros, que en ningún caso pueden entrar en contradicción con las normas jurídicas de cada uno de los Estados miembros.

De conformidad con lo anterior, ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea, puede sustraerse al control de sus actos por parte del Tribunal de Justicia; por tanto, hoy no podemos hablar de una total independencia y autonomía de cada uno de los Estados nacionales integrantes de la Unión Europea, sino que nos encontramos con una expresa limitación al ejercicio del poder que particularmente cada Legislador estatal ostenta. El individuo europeo goza hoy de una especial protección garantizada en primer lugar por las normas comunitarias, a las cuales no puede contraponerse ninguna Ley nacional; esto quiere decir que el Derecho Comunitario hoy día es un nuevo derecho, por tanto partimos de una responsabilidad legislativa derivada de las normas comunitarias y no de cada Estado en particular, porque los países citados en nuestro análisis Alemania, Italia, Francia y España, no obstante sus costumbres, divisiones históricas, están unidos y dispuestos a forjar un destino común, con mayor razón si existe un Parlamento europeo que junto con el Consejo ejercen la potestad legislativa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ejerce las labores jurisdiccionales supremas en el sistema jurídico Comunitario.

En consecuencia, en la Europa de hoy, es conveniente entrar a preguntarnos ¿quién responde por los daños que ocasione el Derecho Comunitario? y de su respuesta se deriva un trascendental asunto al que ningún autor se ha referido, consistente en la responsabilidad

legislativa derivada de aplicación de normas comunitarias, partiendo del Derecho Comunitario como un Derecho único; tarea difícil pero que no puede ser descartada por la importancia y preponderancia que el Derecho Comunitario europeo asume hoy, siendo único en el mundo en su género. De suerte que, el papel que asuma el Tribunal de Justicia, por vía jurisprudencial, en ausencia de una Constitución que precise el marco para poder estudiar la legalidad de las Leyes por vicios sustanciales de forma o desviación de poder de cualquier norma jurídica comunitaria, es trascendental.

Ahora bien, ya es hora de observar hacia el futuro, no mirar atrás, porque tenemos cosas nuevas y frente a ellas existen desafíos que tenemos que enfrentar, aprovechando para realizar cambios de estilo en la aplicación de los preceptos que hasta el momento la jurisprudencia ha venido ofreciendo. Más allá de la mera necesidad de adoptar una decisión, está el hecho de que ese fallo tenga una nueva faceta; proclamamos una voluntad innovadora, más allá de las meras formas, siendo necesario en este proceso el argumento de un jurista innovador que más allá de las extensiones de los fallos como ocurre ahora con nuestros Tribunales, resuelva el problema planteado apalancado en una temática que introduzca novedades en la argumentación como ocurrió con Duguit¹³⁸, en Francia y Santamaría Pastor¹³⁹, en España.

Los precedentes de estudios sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en el Derecho español nos llevan a estudiar la doctrina española entre quienes se distinguen Santamaría Pastor¹⁴⁰, Alonso García¹⁴¹, García de Enterría¹⁴², Galán Vioque¹⁴³, Garrido Mayol¹⁴⁴ y Moreno Fernández¹⁴⁵, quienes han presentado argumentos muy interesantes para una visión

¹³⁸ Cfr. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemolng & C, Editeur, Tome Troisième. pp. 5551 y 573 Paris, 1923.

¹³⁹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista de Administración Pública 1972.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1999.

¹⁴² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. 2007.

¹⁴³ Cfr. GALÁN VIOQUE, Roberto. *La Responsabilidad del Estado Legislador*. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 2001.

¹⁴⁴ Cfr. GARRIDO MAYOL, Vicente. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial Referencia a la Responsabilidad del Estado Legislador*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2004.

¹⁴⁵ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2009.

integradora de todos los antecedentes de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, los cuales se recogen no sólo en esta parte introductoria sino a lo largo de esta memoria, sin pasar por alto el papel protagónico de instituciones como el Consejo de Estado francés, cuyas decisiones se incorporan al Derecho Comunitario europeo, no como una mera referencia, sino que ellas recogen asuntos de interés los cuales entregan fallos valiosos sobre el sentido que adoptó cada una de las Sentencias.

En consecuencia, aun cuando el aporte doctrinal en Francia y en España ha sido valioso y de allí se han derivado interesantes decisiones por parte del juez, que hemos dejado sucintamente descritas, constituye un objetivo buscar que esta memoria plantee otros aspectos que son determinantes en el presente para que la responsabilidad del Estado legislador tenga otros puntos desde los cuales pueda ser observada.

Es evidente, hasta ahora, la pregunta que debe ser respondida en el instante de la reclamación de una indemnización es ¿qué se entiende por deber jurídico de soportar el daño? Si un daño ha sido causado por una Ley o una norma jurídica con ese rango, se necesita entonces que el particular agote todas las posibilidades para obtener una compensación, es decir que ejerce una tarea hermenéutica, con miras a obtener la reparación, siguiendo unos criterios, como son la antijuridicidad de los daños que tengan su origen en la actividad del Legislador, sin pasar por alto cuál es la obligación que le surge al ciudadano en relación con el deber de soportar, sin perder de vista que por ejemplo en España, la responsabilidad que establece el artículo 9.3 de la Constitución, se hace extensiva al Poder Legislativo.

Así mismo, en cuanto al sacrificio especial como fundamento de la responsabilidad por Leyes válidas, se ha venido aplicando hasta el momento la tesis que el Estado legislador responde por los daños que producen sus Leyes válidas cuando los particulares sufren un sacrificio especial como consecuencia de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. En Francia y en España, los jueces han partido de la premisa de que la aplicación de una Ley general y abstracta puede originar daños singulares indemnizables económicamente.

Capítulo II

2. El régimen general de la responsabilidad extracontractual de la Administración en Colombia

2.1. Introducción: el sistema general de la responsabilidad de la Administración en Derecho colombiano y sus diferentes temas y elementos

La responsabilidad del Estado en general y de la Administración Pública en particular en Colombia ha tenido la influencia del Derecho francés, así como de las concepciones españolas a través de la jurisprudencia, ya que la doctrina colombiana no ha querido ahondar en el tema.

Como consecuencia de la violencia que ha azotado a Colombia, desde la segunda mitad del siglo XX, por una parte, y por otra, las diversas fallas de la Administración en sus distintos órdenes, explica un sinnúmero de demandas contra el Estado y como consecuencia de ello las decisiones judiciales mediante las cuales el juez aplica la Ley a los casos sometidos a su decisión, particularmente del Consejo de Estado que desempeña funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Cfr. ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.
- En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio o nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.*
4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.
 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.
 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

Para adoptar esas decisiones, el sistema de responsabilidad en Colombia, requiere una adecuación en los términos y para los efectos del Estado social de Derecho, que adoptamos a partir de la Constitución de 1991¹⁴⁷, sin pasar por alto nuestras condiciones de desarrollo.

La amplitud de aspectos sobre los que ha tenido, tiene y tendrá que pronunciarse el juez, como respuesta a las reclamaciones de las víctimas ha generado en Colombia el aumento de la carga de trabajo en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinando condenas cuantiosas que preocupan al Gobierno por su impacto en las finanzas públicas.

La jurisprudencia debiera ser la respuesta del Estado, ante los categóricos términos de la Ley para proyectar sus decisiones conforme a los hechos puestos a su consideración para reparar los daños derivados de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa¹⁴⁸. A partir del 2 de julio de 2012¹⁴⁹, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva normativa, adaptada al artículo 90 de la Constitución, regirá el precedente.

7. Adicionado por el art. 8, Acto Legislativo 01 de 2009, con el siguiente texto: Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.

Parágrafo. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.

NOTA: Mediante el Decreto Nacional 3259 de 2009, se corrigió el yerro del artículo 8 del Acto Legislativo 1 de 2009, que adicionó el artículo 237 con el numeral 6, el cual ya existía dentro de la citada norma, y precisó que el nuevo numeral al que debía aludirse era el 7°.

¹⁴⁷ Cfr. ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁴⁸ Cfr.-Código Contencioso Administrativo.-Acción de reparación directa. Artículo 86. Modificado por el art. 16, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 31, Ley 446 de 1998.

Ver el art. 13, Ley 1285 de 2009.

¹⁴⁹ Cfr.-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Hasta el momento, es muy normal en el Consejo de Estado colombiano, particularmente en su Sección Tercera, encargada de decidir cada caso concreto en materia de responsabilidad de la Administración, con doctrinas frecuentemente cambiantes, lo que supone seguir con regularidad las sentencias que dicta.

Esta memoria, trata de estructurar un estudio que permita una fácil comprensión del tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la cuestión que en cada caso concreto nos plantea, así como las respuestas de la Ley y la doctrina.

Desde 1939, fecha en que apareció la primera sentencia sobre responsabilidad directa, hasta la aparición del daño antijurídico con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, son muchas las sentencias dictadas desde entonces, unas reiterando doctrina ya consolidada y algunas innovadoras. Hemos procurado recoger las de mayor trascendencia, en lo que a responsabilidad del Estado legislador se refiere, a fin de que el lector pueda tener idea lo más completa posible del panorama actual.

No obstante, en el presente capítulo solo haremos referencia a la responsabilidad extracontractual de la Administración, para luego y en capítulo aparte analizar el asunto de la responsabilidad legislativa.

Así mismo, se hace necesario precisar que en Colombia a diferencia de España¹⁵⁰, la

¹⁵⁰ Cfr. Artículo 56, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la Ley.

2.º De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía.

3.º De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos.

4.º De las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.

responsabilidad derivada de los delitos cometidos por altos funcionarios del Estado, así como magistrados de las altas Cortes¹⁵¹, corresponde investigarlos a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes¹⁵² y juzgarlos al Senado de la República, es decir, existe una función judicial atribuida al Congreso de Colombia, según lo consagran los artículos 174¹⁵³, 175¹⁵⁴ y 178¹⁵⁵ de la Constitución.

Artículo 57 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. 1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.
2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia.

2. En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.

¹⁵¹ Cfr. Se denominan magistrados de las altas Cortes a los magistrados que integran la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁵² Cfr. DECRETO 2700 DE 1991 (Noviembre 30). "ART. 467 - Acusación ante la Cámara de Representantes. El juzgamiento de los servidores públicos, que de acuerdo con la Constitución deban ser juzgados por el Senado, se hará siempre mediante acusación a la Cámara de Representantes, que en tal caso actúa como fiscal. Cualquier ciudadano puede denunciar ante la Cámara de Representantes las infracciones de la ley penal cometidas por los servidores públicos que deban ser juzgados ante el Senado."ART. 489.- La cámara como fiscal. En las actuaciones que adelante la Cámara de Representantes contra los servidores públicos ejerce funciones de fiscal."

¹⁵³ Cfr. ARTICULO 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.

¹⁵⁴ Cfr. ARTICULO 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:

1. El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida.
2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.
3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.
4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes.

¹⁵⁵ Cfr. ARTICULO 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:

1. Elegir al Defensor del Pueblo.
2. Examinar y fenecer la cuenta general del presupuesto y del tesoro que le presente el Contralor General de la República.

En un sistema de responsabilidad patrimonial, es muy importante el papel del juez, por ello se ponen de manifiesto algunos aspectos relacionados con el tema, ya que en Colombia los principios de responsabilidad hasta ahora aplicados por el Consejo de Estado en sus Sentencias, no tienen su origen en el Derecho nacional, sino que han acogido después de varias décadas la doctrina expuesta por el Consejo de Estado francés; ir más allá hubiera sido lo deseable, sin embargo, hasta la fecha nada nuevo ha traído la jurisprudencia como respuesta a los daños que las autoridades causan a los particulares.

La jurisprudencia no debe servir de confusión al reclamante, sino que debe establecer criterios claros, asunto en que prestará un aporte valioso la doctrina del precedente, que está contenida la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, según lo dispone el artículo 102 de la Ley 1437/2011¹⁵⁶, en vigor a partir del 2 de julio de 2012.

3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.

4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado.

5. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.

¹⁵⁶ Cfr. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. NOTA: Declarado EXEQUIBLE de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor. Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

La consagración del principio de responsabilidad patrimonial del Estado y demás entes públicos en el Ordenamiento jurídico colombiano ha tenido lugar a través de una evolución legislativa y jurisprudencial iniciada en el siglo pasado.

En este sentido González Pérez¹⁵⁷ precisó: *“La jurisprudencia española no ha jugado papel alguno en el proceso de afirmación del principio, a diferencia de otros Ordenamientos. En este como en tantos otros aspectos de la construcción del Estado de Derecho, nuestros jueces no se han caracterizado por su originalidad ni por su audacia. Respetuosos, sumamente respetuosos con quienes, en cada momento, han detentado el Poder, tradicionalmente han sido una rémora en las conquistas del ciudadano en sus relaciones con los Poderes públicos que definen un Estado de Derecho”*.

Algo similar ha acontecido en Colombia, con un agravante, los principios que el juez europeo (Francia, Alemania, España) ha venido aplicando desde hace ya varios años, en

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

- 1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.*
- 2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.*
- 3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.*

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. NOTA: Declarado EXEQUIBLE de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpretan las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

¹⁵⁷ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas*. Edit. Thomson Civitas. Aranzadi 2006 .pp. 45.

Colombia hasta ahora son materia de estudio del juez administrativo, por ejemplo el principio de confianza legítima.

Por estas razones, consideramos importante y útil referirnos al tema del juez, por ser él quien finalmente determina los casos en los que exista responsabilidad del Estado legislador; por tanto, el perjudicado con una actuación del Legislador al hilo de las escasas Sentencias que se han pronunciado sobre el tema, requiere no solo de una exigente tarea del juez, sino también del análisis de las decisiones judiciales foráneas.

Para García de Enterría¹⁵⁸: *“La superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de LICURGO o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta”*.

Ha sido siempre la legislación, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras las que, superando obstáculos y resistencias, han ido logrando introducir en el Ordenamiento jurídico colombiano un sistema de responsabilidad patrimonial de las autoridades que quizá sea eficaz para la defensa de los derechos de los ciudadanos. No obstante, no se logra esa eficacia en los fallos, como consecuencia de la congestión judicial que impide en la mayoría de los casos que el principio de una pronta y cumplida justicia¹⁵⁹ se cumpla, asunto que hasta el momento no ha contado con una solución efectiva; no obstante, existir soluciones a la vista como por ejemplo instaurar la doble jornada en el Poder Judicial, hasta que todos los despachos se pongan al día e impedir que se desborden los límites y no sea tarde para la adopción de medidas que de momento son urgentes e imprescindibles para que los asuntos que las víctimas denuncian tengan una respuesta inmediata del Estado a través de la Administración de justicia.

¹⁵⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones Sobre la Ley y los Principios Generales de Derecho*. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1984. pp. 34-35.

¹⁵⁹ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

El Estado legislador podría ser llamado a responder por omisión o retardo en el juzgamiento a altos funcionarios del Estado, que hayan causado un daño antijurídico derivado de la comisión de un delito, ya que con ocasión de las atribuciones que tiene la Cámara de Representantes en la investigación de delitos y el Senado en su juzgamiento, todas las omisiones que se presenten, no se demanda al Poder Judicial, sino al Congreso de Colombia según lo disponía el artículo 149 del anterior Código¹⁶⁰ y a partir del 2 de julio de 2012, por el artículo 159¹⁶¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La anterior, constituye la principal motivación de la pertinencia de las facultades de investigación y juzgamiento que actualmente posee el Congreso de Colombia, asunto que no es acertado. Sólo el paso del tiempo nos dirá si en algún momento el legislativo, se limitará a la expedición de Leyes, porque estas atribuciones contribuyen al funcionamiento anormal del Congreso, por distraer su atención al conocimiento de asuntos ajenos a su naturaleza.

La dificultad está en asumir esta modificación como lenguaje y, en vez de tratar desesperada e inútilmente de evitarla, es sólo aceptar el compromiso de una nueva normativa.

¹⁶⁰ Cfr. REPRESENTACIÓN Y COMPARECENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Representación de las personas de derecho público. ARTÍCULO 149. *Modificado por el art. 49, Ley 446 de 1998.*

¹⁶¹ Cfr. Artículo 159. Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor.

El Estado crea el Derecho¹⁶²; interpreta, deroga o modifica normas del Ordenamiento jurídico. El Legislador colombiano debiera ser, no lo ha sido, ni lo es, el verdadero transformador de la política en Derecho.

Cuando el Estado investiga y juzga satisface las pretensiones que una parte deduce contra otra, incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión formulada con arreglo al Ordenamiento. Por lo tanto, no es posible hablar de función judicial sin la existencia de un órgano del Estado imparcial e independiente¹⁶³, lo cual no se logra comprender cuando al Congreso se le confieren unas funciones especiales de investigación¹⁶⁴ y juzgamiento¹⁶⁵. Cuando en el seno del Congreso se investigan y juzgan a altos funcionarios del Estado, se desnaturaliza la actividad legislativa, tarea que debiera ser de competencia de la Corte Suprema de Justicia y no como actualmente ocurre, en el que se podría llegar a confundir la responsabilidad del Estado legislador con la del Estado juzgador.

Ciertamente, la regulación que se estableció a partir de 1991 en varios aspectos relativos al Congreso, defraudó las expectativas que se despertaron en que todas las reglas atinentes a los postulados constitucionales para su funcionamiento, así como en materia de Administración de justicia se tenían que incorporar normas destinadas a explicar con claridad aspectos polémicos, estableciendo criterios objetivos; entre ellos la eliminación de funciones

¹⁶² Cfr. Constitución Política de Colombia. “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...”

¹⁶³ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas*. Edit. Thomson Civitas. Aranzadi 2006. p55.

¹⁶⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. “Artículo 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales: 1. Elegir al Defensor del Pueblo. 2. Examinar y fenecer la cuenta general del presupuesto y del tesoro que le presente el Contralor General de la República. 3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación. 4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado. 5. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.

¹⁶⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia. “Artículo 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

judiciales del Legislador. Y no se concibe que, aunque todo sistema jurídico tiene siempre un trasfondo político-teleológico, la eliminación al Congreso de toda función judicial, sería un paso significativo, ya que un Congreso originalmente concebido debe tener una regla básica consistente en que su actividad debe estar dirigida a la expedición de las normas que aseguren una permanente convivencia de la población, a fin de que no se confunda la función legislativa con la judicial, como actualmente ocurre con la elección de los magistrados de la Corte Constitucional, por parte del Senado de la República.

El anterior argumento fue confirmado cuando sostuvo García de Enterría¹⁶⁶:

“...someter el poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho...”; porque el Estado es una unidad funcional integrada por múltiples y variados elementos.

Por ello es importante a partir de la consideración de que el objeto del Legislador es la expedición de Leyes, el interés público supone la preservación de esa función, porque todo lo que se haga distinto trae graves repercusiones y se afecta el interés general.

Un Legislador investido de facultades investigativas y de juzgamiento, es el reflejo de un Estado en crisis. En la comprensión del Derecho está implícita la realidad tangible y sensorial, dado que los hechos son parte consustancial de la práctica jurídica y, en realidad, podría decirse que los congresistas como jueces hacen cosas¹⁶⁷, algunas de las cuales están mal hechas.

La designación de un Tribunal Constitucional, debe tener un origen muy distinto, ya que el hecho de que el Senado elija sus magistrados tiene muchos puntos de conexión, que inciden negativamente, en las tareas de elector y elegido. Por ello la prohibición al Legislador de toda función judicial, sería el siguiente paso para la evolución legislativa que marque el nacimiento de una normativa, dirigida a establecer principios, directrices y recomendaciones, capaces de

¹⁶⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. Edit. Thomson Reuters. Aranzadi S.A. Segunda Edición 2011. p21.

¹⁶⁷ Cfr. ORDOÑEZ SOLÍS, David. *La prueba en el Procedimiento Contencioso-Administrativo*. Editorial Reus S.A. Impreso en España. 2011. p9.

obtener una nueva legislación básica para el Estado colombiano, con el fin de que las aspiraciones y expectativas de la población de tener un Legislador con dignidad se hagan una realidad.

Esto indica, que en las cámaras se está desperdiciando la oportunidad que tiene el Legislador de llevar a cabo un trabajo como si fuera para Dios y se olvida que una innovación normativa es el resultado del estudio, del trabajo y de la investigación destinados a ofrecer al país soluciones, no problemas.

Resaltamos las palabras que de Rivero hace Ordoñez Solís¹⁶⁸, relativas a la jurisdicción administrativa francesa, pero aplicables en cualquier momento: *“la justicia se ha hecho para beneficio del justiciable y su valor se mide en términos de vida cotidiana. No es el desarrollo del Derecho lo que nos interesa, es la protección eficaz que del mismo obtenga el particular”*. Este argumento confirma la palabra que ha permanecido vigente por todos los tiempos, que el juez debe siempre juzgar con justo juicio, guardando el Derecho y haciendo justicia en todas sus decisiones, lo cual no está ocurriendo en la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, que en este instante tiene más de un millar de procesos contra altos funcionarios del Estado sin decidir, lo cual es una afrenta contra la función judicial que no debiera estar atribuida al Congreso.

2.2. La responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución de 1886

2.2.1. Según la Corte Suprema de Justicia

La Corte, en sus Salas de Casación Civil y Negocios Generales, fue la encargada hasta 1964 de decidir las controversias relativas a asuntos contenciosos administrativos¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cfr. ORDOÑEZ SOLÍS, David. *La prueba en el Procedimiento Contencioso-Administrativo*. Editorial Reus S.A. Impreso en España. 2011. pp. 114. Expresa el autor en su nota: “JEAN RIVERO, *Le Huron au Palais-Royal*, ob, cit., p.39; cuyo literal es como sigue: “la justice est faite pour le justiciable, et sa valeur se mesure en termes de vie quotidienne. Ce n’est pas le développement du Droit qui nous intéresse, c’est la protection efficace qu’en tire le particulier”.

¹⁶⁹ Según lo dispuesto en los artículos 261 a 269 de la Ley 167 de 1941, la jurisdicción Contencioso Administrativa tenía competencias para conocer los casos de responsabilidad por los daños producidos con la ocupación temporal o permanente de inmuebles por motivo de trabajos públicos (mediante sentencia del 20 de

Acudió la Corte Suprema a la aplicación de las normas que, en el Código Civil, contemplaban la responsabilidad extracontractual de los particulares¹⁷⁰, originando este procedimiento una primera etapa en la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual, abarcó dos períodos en el tiempo y en la transformación de la teoría.

2.2.1.1. Primera etapa. La responsabilidad indirecta

Inicialmente, la Corte encontró el principio normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil¹⁷¹; una responsabilidad indirecta, a causa de los daños a terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya que según la Corte Suprema¹⁷², ni el Código de Napoleón, ni el Código de Bello, ni legislación alguna en el siglo pasado, plantearon la responsabilidad extracontractual de las personas morales. Lo cual significa que el sustento de la obligación indemnizatoria estuvo formado por las llamadas culpa in eligendo (culpa o negligencia en la elección por parte del Estado) y culpa in vigilando (culpa en la vigilancia que ejerce el Estado) a través de la administración, las cuales se presumían¹⁷³.

Dijo la Corte a través del fallo Tinjacá¹⁷⁴, la responsabilidad indirecta de los entes jurídicos tendrá los siguientes elementos¹⁷⁵:

junio de 1945 de la Corte Suprema de Justicia, dictada en ejercicio de funciones de tribunal de control de constitucionalidad, declaró la inexequibilidad parcial de tales normas, en aquella parte relacionada con la ocupación permanente, por estimar que tales asuntos debían ser competencia de la jurisdicción ordinaria).

¹⁷⁰ Cfr. Artículos 2341 al 2359 del Código Civil.

¹⁷¹ Cfr. El artículo 2347 del Código Civil Colombiano, expresa: “Responsabilidad por el hecho ajeno. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cargo”, por su parte, el artículo 2349 *ibidem* dispone: “Daños causados por los criados o sirvientes. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos o aquellos; pero no respondían si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

¹⁷² Cfr. Corte Suprema de Justicia. Actores: Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planeéis contra Municipio de Bogotá. M. P. Dr. José J. Gómez.

¹⁷³ Cfr. Sentencia del 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 1482, Actor Banco Ganadero del Magdalena Vs. Nación. Esta exposición se mantuvo, aproximadamente hasta 1938.

¹⁷⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Actores: Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planeéis contra Municipio de Bogotá. M. P. Dr. José J. Gómez.

¹⁷⁵ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ob. Cit.*, pp. 99.

- “a) Existe una responsabilidad indirecta de la persona moral privada y pública, fundamentada en los daños que produzcan sus agentes, cualquiera que sea su posición jerárquica o funciones que cumplan.
- b) Se presume la culpa de la persona moral, porque esta tiene la obligación de elegir y vigilar diligentemente su personal.
- c) Esa presunción se puede desvirtuar probando la ausencia de culpa.
- d) Existe además una responsabilidad del autor del daño frente a la víctima.
- e) Responden solidariamente la persona jurídica y su agente infractor, con el derecho de la persona jurídica, a que se le reembolse por el infractor lo pagado a la víctima.
- f) El fundamento de esta doctrina, son los artículos 2347 y 2349 del C.C., que tratan de la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos”.

A esta teoría le surgen críticas¹⁷⁶, consistentes en que el agente no se encuentra bajo el cuidado y al dependencia de la entidad moral como sí se encuentran los hijos en relación con sus padres, los pupilos en relación con sus guardadores, los alumnos frente a los directores de institutos de enseñanza, los aprendices frente a los profesores, los empleados domésticos y trabajadores en relación con sus patronos y si quienes ostentan un grado de responsabilidad que les está atribuido por las Leyes, por no haber evitado el daño con la autoridad que les está atribuida, se considera que es plenamente inaplicable a las personas jurídicas, y es, notoriamente improcedente derivar una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en obligaciones inexistentes. De lo anterior se colige que las presunciones in eligendo e in vigilando no pueden ser soporte para la responsabilidad indirecta.

2.2.1.2. Segunda etapa. Responsabilidad directa

Sobre el tema González Pérez, señaló que¹⁷⁷, las Administraciones públicas responden directamente, cualquiera que hubiese sido el grado de culpabilidad en que pudiera haber incurrido la persona física -autoridad, funcionario, agente- en su actuación. Los afectados por el daño no tendrán que establecer disquisiciones en orden a la culpabilidad de la persona física a la que pudiera imputarse inmediatamente la actuación, sino que podrán exigir directamente a la Administración pública las correspondientes indemnizaciones, (artículo 145.1, LRJPA Ley

¹⁷⁶ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ob. Cit*, pp. 100-101.

¹⁷⁷ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Ob. Cit*, pp. 201.

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁷⁸), pues frente a las Administraciones públicas tendrán derecho a ser indemnizados (art. 139.1 LRJPA¹⁷⁹)

Según dispuso la Corte Suprema en Sentencia del 21 de agosto de 1939, la responsabilidad indirecta no es aplicable a las personas jurídicas. Por tanto, los perjuicios patrimoniales y morales que ocasionen a terceros culposamente sus agentes en ejercicio de sus atribuciones no tienen como fundamento los artículos 2347 y 2349 del C.C., sino que el soporte está en el artículo 2341¹⁸⁰. El 15 de mayo de 1944, la Corte concluyó que la del Estado era una responsabilidad directa fundada en el artículo 2341 del Código Civil, que regula la responsabilidad por el hecho ajeno, de naturaleza subjetiva.

Para la jurisprudencia, se trató de parámetros que van surgiendo, de manera que a esta proposición arribó la Corte por una doble vía: la llamada “teoría organicista¹⁸¹”,

¹⁷⁸Cfr. Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas

Artículo 145.-Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. 1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

¹⁷⁹Cfr. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Artículo 139.-Principios de la responsabilidad. 1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

¹⁸⁰Cfr. Art. 2341 C.C.: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

¹⁸¹La responsabilidad directa del Estado, fundada en la llamada tesis organicista, fue incorporada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de mayo de 1944, y reiterada luego en sentencias del 27 de octubre de 1947, 16 de abril de 1955, 6 de diciembre de 1959, 1° de septiembre de 1960, 14 de abril de 1961 y 30 de junio de 1962, providencia ésta última en la cual se señalaron como características de este régimen de la responsabilidad estatal, las siguientes: “a) En toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos, depositarios de la voluntad de la persona moral y agentes auxiliares, no representativos ni depositarios de esa voluntad; b) Sólo la culpa de los primeros repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan; en tanto que la culpa de los agentes auxiliares, por carecer de dicho carácter, no genera sino responsabilidad del ente colectivo; c) Subsiste el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad, y debe por lo tanto, probarse el hecho dañoso concreto de un agente determinado; d) Para exonerar, la persona jurídica de la responsabilidad por el daño se debe probar un factor extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); a un agente auxiliar, le basta demostrar ausencia de culpa; e) Prescribe la acción contra la persona moral, en el primer caso, conforme a las reglas comunes, y en el segundo, en tres años. En este, contra el subalterno o auxiliar según las normas ordinarias; y f) Se funda esta tesis, en lo que atañe a los agentes representativos, en el artículo 2341 del C.C., que ordena responder por el perjuicio causado a otro, y en lo que respecta a los demás, en los pre mencionados artículos 2347 y 2349, asiento de la responsabilidad indirecta”.

y la “falta del servicio”¹⁸².

Según la Corte Suprema de Justicia, el fundamento jurídico para aplicar el concepto de falta del servicio estuvo en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano¹⁸³ y se presenta la falta del servicio cuando el servicio no ha funcionado, lo ha sido de forma defectuosa, imperfecta o inadecuada o que el servicio ha funcionado tardíamente; se presenta en consecuencia un daño y el nexo causal entre el daño y la falta. En Colombia el Consejo de Estado, fijó su posición jurisprudencia acerca del asunto¹⁸⁴.

Para González Pérez¹⁸⁵ se presenta funcionamiento anormal del servicio, cuando el servicio había funcionado tardíamente. Cita como ejemplo la Sentencia de 31 de enero de 1996, dictada en relación con el atentado terrorista en Hipercor, porque partiendo del dato de que los bomberos de Barcelona consideraron suficiente un tiempo de diez minutos para desalojar el recinto, es lo cierto que entre la llegada de las dotaciones policiales (15:28) y la explosión (16:08) no se hizo absolutamente nada por intentar el desalojo e impedir que el público y vehículos siguieran entrando y saliendo. Entonces habrá veces en las que para poder afirmar que no se han cumplido los deberes impuestos por el Ordenamiento jurídico será preciso realizar, con carácter previo un juicio de valor acerca del concreto comportamiento

¹⁸² La responsabilidad directa del Estado fundamentada en la falta del servicio, fue adoptada por primera vez en sentencia del 21 de agosto de 1939 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se afirmó, que la responsabilidad derivada del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, y por ende, el daño originado en irregularidades o deficiencias de éstos debía ser reparado por la administración, porque para tal deducción la consideración de la culpa imputable al agente encargado de poner en actividad dichos servicios es secundaria; la base de la responsabilidad no consiste en la falta de selección del personal o en la vigilancia de éste. En sentencia del 30 de Junio de 1962, esa misma Corporación identificó las siguientes características de la responsabilidad del Estado: a) Se sustituye la noción de culpa individual del agente por la de falta del servicio o culpa de la administración; por lo tanto, desaparece la necesidad de probar la acción u omisión del agente, porque se aplica un concepto de culpa anónima; b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por el deber de elegir y vigilar a sus agentes, sino por el deber primario que le corresponde de prestar los servicios públicos; c) A la víctima le es suficiente con demostrar la falta y el daño; d) Si el daño se produce por un agente determinado, la responsabilidad es solidaria con la administración, con derecho de repetición de ésta frente a aquél; e) Los eximentes de la responsabilidad serán: el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima; f) Los actos u omisiones del agente por fuera del servicio generan responsabilidad exclusiva del agente; g) No se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, sino basada en el concepto de culpa; h) Su fundamento jurídico es el artículo 2341 del Código Civil.

¹⁸³ ARTÍCULO 2341. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. .

¹⁸⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sentencia AG 16 de marzo de 2006, radicación 1995-3251-01, MP. María Elena Giraldo Gómez. .

¹⁸⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Ob, Cit, pp. 456-470.

seguido por la Administración: juicio que, en la misma medida en que se acredite una negligencia afirmará el incumplimiento del deber; y en la medida en que integre la existencia de negligencia, negará el cumplimiento del deber.

La responsabilidad patrimonial del Estado en la Corte Suprema, presentó los fundamentos necesarios para que el Consejo de Estado a partir de 1.964, continuara su elaboración. La Corte, a pesar de descubrir y aplicar la “falla del servicio” como herramienta a través de la cual fue posible exponer, directamente, la responsabilidad civil del Estado olvidando las culpas “in eligendo” e “in vigilando” propias de la responsabilidad civil por el hecho ajeno, no sobrepasó la aplicación del Código Civil como principio normativo de la obligación indemnizatoria. Ello prueba el carácter legislado que ofrece el Derecho colombiano, característica que hizo más difícil la averiguación de un fundamento de Derecho público para la responsabilidad del Estado y que hace más efectiva la tarea del juez administrativo.

2.2.2. Según el Consejo de Estado.

Sólo en el año 1.964¹⁸⁶ se transfieren, de una forma genérica, las competencias relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado de la jurisdicción civil ordinaria a la contencioso-administrativa. Ello no quiere decir que antes de ese año esta última estuviese desprovista de atribuciones en este tema, ni que, tales asuntos fuesen de su conocimiento exclusivo. En efecto, según el artículo 31 del decreto 3130 de 1968 (cuya vigencia se mantuvo hasta la expedición de la Ley 489 de 1998), los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realizaran para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, estaban sujetos a las reglas del Derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, según la competencia prevista en el Código de Procedimiento Civil.

El anterior régimen, previsto en la Constitución Política de 1886, no contenía una norma que sirviera de presupuesto general a la obligación del Estado de resarcir los perjuicios que

¹⁸⁶ El artículo 20 del decreto 528 de 1964(dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República mediante la ley 27 de 1963), dispuso: “La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que toma la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, sin excepción de los casos contemplados en los numerales 2° y 3° del artículo 73 de la ley 167 de 1941”.

ocasionara con su función o que se manifestaran con ocasión de la misma¹⁸⁷. El juez recurrió en principio al Código Civil y luego fue aplicando principios que progresivamente adaptó según la Constitución de 1886. En Colombia, el desarrollo jurisprudencial resulta más interesante en la medida en que la tradición jurídica romano-germánica ha insistido en el carácter principal que tiene la Ley como fuente de derechos.

Sin embargo, los derechos que otorgó fueron generados por las decisiones de los jueces hasta bien entrada la década de los sesenta, aunque la Jurisdicción Contencioso Administrativa anuncia en 1947 que poseía las normas para resolver los casos de responsabilidad.

Efectivamente, desde el año de 1947, el Consejo de Estado consideró necesario apartarse, en materia de responsabilidad estatal, de las normas del Código Civil, porque encontró suficientes las que consagraba el Código Contencioso Administrativo de 1941¹⁸⁸, para determinar la indemnización de los perjuicios que el Estado ocasionaba, incluyendo en este asunto, comportamientos ajustados a Derecho. Dijo el Consejo:

“No quiere (La Nación) que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor¹⁸⁹”.

Luego de diferenciar entre vía de hecho, entendida como una actuación ilegítima, y operación administrativa, entendida como una actuación legítima del Estado, llega a la conclusión de que el origen del daño reclamado en el caso concreto es una guía, que le permite formular el principio según el cual “...el derecho de obrar no excluye la indemnización”.

Por las reglas allí expuestas, como por la época en que se profiere, en este fallo “aparece consagrada... la responsabilidad del Estado, por los hechos y las operaciones administrativas, en forma que no podrá encontrar fundamentos en el Código Civil, sino que ellos surgen, para el Consejo de Estado, por análisis del Código Contencioso Administrativo y de las normas tutelares de la

¹⁸⁷ Cfr. BECERRA SAAVEDRA, Ramiro. Ob. Cit., pp. 251.

¹⁸⁸ Los Arts. 67 y 68 del C.C.A. de 1941 expresaban: “Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

La misma acción tendrá todo aquél que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. “Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes.

¹⁸⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 29 de Julio de 1947. Actor: El Siglo S.A., C.P. Dr. Gustavo A. Valbuena.

Constitución Política”, como lo reconociera el Consejo de Estado en la sentencia del 28 de octubre de 1976, que reconstruye la jurisprudencia hasta ese año¹⁹⁰.

El intento por fundar la responsabilidad del Estado en normas distintas del Código Civil para los particulares, fue, desde esa época, una constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Así, en Sentencia de 30 de septiembre de 1.960, expresó:

“La responsabilidad del Estado... no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el Derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados¹⁹¹”.

Posteriormente¹⁹², el Consejo indicaría, el marco constitucional y legal que tendría como fundamento para la obligación indemnizatoria del Estado, al señalar que:

“En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el Código Contencioso Administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del Derecho privado”.

En cuanto a las bases constitucionales, el artículo 2º (Constitución Política de 1886) establecía que:

“La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece¹⁹³”, el cual, dijo,

¹⁹⁰ Este estudio seguirá de cerca el fallo de la Sección Tercera, cuyo ponente fue el Dr. Jorge Valencia Arango, y el actor el Banco Bananero del Magdalena. Consejo de Estado.

¹⁹¹ Traída en la sentencia antes citada.

¹⁹² Cfr. Consejo de Estado. Sentencia de 2 de Noviembre de 1960 C.P. Dr. Carlos Gustavo Arrieta.

¹⁹³ En la Constitución de 1991, hay una norma equivalente en el art. 3º, expresa: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

contenía las tesis más trascendentes del Derecho público moderno, a saber, el principio de legalidad, la autolimitación del poder público y el del Estado de Derecho, “cuya contrapartida necesaria es la responsabilidad”.

El artículo 16 de la Constitución de Colombia de 1886, decía:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares¹⁹⁴”.

Por tanto, el deber de la Administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las autoridades.

La labor del juez en esta época consistió en que separó la deducción de responsabilidad patrimonial del Estado, sobre todo la extracontractual, de las regulaciones del Código Civil y la ubicó en preceptos¹⁹⁵ de Derecho público consagrados en la Constitución de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo para aquella época vigente, en los cuales nunca fue

¹⁹⁴ La norma equivalente está consagrada hoy en el inciso 2° del art. 2° de la Constitución que nos rige, establece: “...Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. “...se consagraran en términos generales, los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se instituye un régimen jurídico de equilibrio entre aquéllas y éstos. Se organiza así la típica relación de derecho público que la Constitución perfecciona en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propias autoridades. Si el detrimento causado por un tercero implica la indemnización del perjuicio, el que es causado por el mismo protector de ese derecho, ha de determinar, por lo menos, idénticas consecuencias jurídicas. Extendió sus análisis al Título Tercero de la Constitución, relativo a los derechos civiles y garantías sociales, trajo a colación el art. 33 del que, precisó, consagraba una responsabilidad objetiva del Estado¹⁹⁴, y concluyó: En los textos analizados se echan las bases de la responsabilidad del Estado en razón de sus actos y de sus hechos, en los artículos 136 y siguientes de la Constitución se crea una jurisdicción especial para conocer de esta clase de negocios, y en el Código Contencioso Administrativo se complementan aquellos principios, se adiciona esa organización y se establecen las acciones y procedimientos aplicables. Queda así consagrado el derecho adjetivo, y una jurisdicción autónoma para decidir de las controversias de derecho público”.

¹⁹⁵ Según los artículos 2 y 16 de la Constitución Política de 1886, consistían en que el poder emanaba de la Nación y como las autoridades estaban instituidas para proteger a todas las personas, en su vida honra y bienes, todos los daños que de allí se derivaran el Estado tendría que responder patrimonialmente, porque con ello se aseguraba el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

tipificada tal obligación indemnizatoria¹⁹⁶. Sólo las bases expuestas por el esfuerzo del juez facilitaron la elaboración de diferentes regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado, que permitieron la entrada de una cláusula general de responsabilidad de origen constitucional, como ocurrió en la Constitución de 1991, que en su artículo 90 dice:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Entre esta disposición constitucional y la labor para obtener una adecuada autonomía entre el fundamento de la responsabilidad del Estado y la de los particulares, pasó una extensa labor del juez, que recurriendo primero a las normas civiles y luego a las administrativas, concluyó que el fundamento de la responsabilidad por daño era constitucional y desde ese punto de vista el juez administrativo estaba buscando soluciones.

2.2.3. Regímenes de responsabilidad

Según González Pérez¹⁹⁷, la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones públicas es objetiva, porque nace al margen de toda idea de culpa o ilegalidad. Al no limitar el derecho a indemnización a los supuestos daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos y extenderlo también a los ocasionados por su funcionamiento normal, somete a la Administración de España a un régimen de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, dando así continuidad a una línea única en Europa que se iniciará en el año 1954 al aprobarse la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 y continúa en 1957 con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957), responsabilidad objetiva de régimen global que alcanza a todas las Administraciones públicas españolas con independencia de su ámbito material o territorial de actividad, lo que significa que no se requiere la existencia de culpa en el actuar administrativo. Este sistema es el que hoy rige el Ordenamiento español, sin que quepa interpretar la normativa vigente en un sentido que excluya la responsabilidad objetiva.

¹⁹⁷Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Ob. Cit.*, pp. 203.

Sirvan estos comentarios para poder comprender plenamente los temas de responsabilidad patrimonial del Estado, ya se trate de su forma objetiva o la subjetiva de falla del servicio.

Dos principios de responsabilidad estatal había observado el Ordenamiento jurídico colombiano hasta 1991, a saber: un régimen de responsabilidad subjetiva y otro de responsabilidad objetiva. Estos son sistemas de responsabilidad directa: el primero, caracterizado porque la declaración de responsabilidad patrimonial necesitaba que el origen del perjuicio constituyese una falla del servicio imputable al Estado; esta modalidad representaba la directriz general de la responsabilidad estatal, en tanto que el de la responsabilidad objetiva era un régimen de excepción.

Ese acontecimiento determinaba que, en un sinnúmero de ocasiones en que un asunto podía resolverse por las reglas de la responsabilidad sin falta u objetiva, se decidieran, en últimas, subjetivamente, cuando se tenía probada la falla del Estado.

Bajo tal régimen, cuya denominación de “subjetivo”, la responsabilidad estatal quedaba comprometida siempre que se presentaran estos elementos:

“a) Una falta o falla del servicio o de la Administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la Administración.

b) Lo anterior implica que la Administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.

c) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la Administración y el daño, sin la cual aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización¹⁹⁸.

El artículo 16 de la Constitución Política de 1886, tuvo una doble utilización por la jurisprudencia; un primer aspecto lo constituyó la normatividad alrededor de la cual se diseñó la base de Derecho público que debería soportar la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado; en segundo lugar, sirvió, porque en algunos casos el Consejo de Estado no encontraba una regla legal clara que estableciera una obligación a cargo del Estado para deducir de su trasgresión una falla del servicio, para hallar el deber estatal incumplido en el caso concreto¹⁹⁹. Al respecto precisó Saavedra Becerra²⁰⁰:

“Todas las anteriores providencias, pronunciadas bajo el régimen de la Constitución de 1886, ilustran de diversos modos un mismo hecho: el mal funcionamiento de la Administración expresado en la “falla del servicio”.

Es posible que la poca o nula aplicación de las disposiciones que establecían la relación acerca de la responsabilidad civil del funcionario público, cuando la condena se derivara de una culpa personal suya en nexo con el servicio y no a una falla del servicio propiamente dicha, la distinción entre estas dos figuras, sin duda con efectos prácticos indiscutibles, en la jurisprudencia había dejado de existir²⁰¹; es decir que en aquéllos casos en que la

¹⁹⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 1482, Actor Banco Ganadero del Magdalena Vs. Nación. Esta exposición se mantuvo, aproximadamente hasta 1989. Se destaca, que la Corte Constitucional, en sentencia C-430 del 12 de abril de 2000, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, analiza el alcance del artículo 90 de la Constitución en materia de responsabilidad y se determina si existe la posibilidad de aplicar responsabilidad subjetiva, cuando de la redacción de la norma apareciera derivarse responsabilidad objetiva.

¹⁹⁹ Hoy ha desaparecido el primero de tales roles que se cumple por el art. 90 de la C.P. vigente, pero se conserva el segundo con el texto del inciso 2°.

²⁰⁰ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Ob. Cit. pp. 134-135. Cita a URUETA, MANUEL S., *La responsabilidad de la Administración Pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986. pp. 178.

²⁰¹ Actualmente, el inciso segundo del art. 90 de la C.P. dispone: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este”. Con anterioridad a esta disposición ya existían los Arts. 77 y 78 del C.C.A. de 1984, los cuales sin embargo, en la práctica quedaron sin aplicación en cuanto se refiere a la responsabilidad civil del funcionario público... “...se consagraran en términos generales, los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se instituye un régimen jurídico de equilibrio entre aquéllas y éstos. Se organiza así la típica relación de derecho público que la Constitución perfecciona en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propias autoridades. Si el detrimento causado por

Administración pública causara un daño, para efectos de la condena es indiferente si existía la culpa del funcionario, porque al haber fallado el servicio hay lugar a la indemnización que la víctima reclama.

La inaplicación en la práctica de los artículos 77²⁰² y 78²⁰³ del anterior Código Contencioso Administrativo, comprobó el recorrido legislativo que tuvo que llevar la acción de repetición, prevista en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política.

El artículo 72 de la Ley 270 de 1996 consagró la acción de repetición; luego, el artículo 75 de la ley 446 de 1998, reguló los comités de conciliación, cuyas funciones fueron establecidas por el artículo 12 del Decreto 1214 de 2000; y finalmente, la Ley 678 de 2001, reglamentó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. En esta Ley, el parágrafo 1, del artículo 7, consagró la acción de repetición contra “Senadores y Representantes²⁰⁴”, entre

un tercero implica la indemnización del perjuicio, el que es causado por el mismo protector de ese derecho, ha de determinar, por lo menos, idénticas consecuencias jurídicas. Extendió sus análisis al Título Tercero de la Constitución, relativo a los derechos civiles y garantías sociales, trajo a colación el art. 33 del que, precisó, consagraba una responsabilidad objetiva del Estado²⁰¹, y concluyó: En los textos analizados se echan las bases de la responsabilidad del Estado en razón de sus actos y de sus hechos, en los artículos 136 y siguientes de la Constitución se crea una jurisdicción especial para conocer de esta clase de negocios, y en el Código Contencioso Administrativo se complementan aquellos principios, se adiciona esa organización y se establecen las acciones y procedimientos aplicables. Queda así consagrado el derecho adjetivo, y una jurisdicción autónoma para decidir de las controversias de derecho público”.

²⁰² Cfr. De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad. ARTÍCULO 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

²⁰³ Cfr. Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa. ARTÍCULO 78. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

²⁰⁴ Cfr. Ley 678 de 2001. “Art. 7 Artículo 7°. Jurisdicción y competencia. La jurisdicción de lo contencioso Ley 678 administrativo conocerá de la acción de repetición. Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto.

Parágrafo 1°. Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales

otros altos funcionarios del Estado; disposición que en la práctica y en cuanto se refiere a los congresistas, es inaplicable, porque según lo establece el artículo 185 de la Constitución, “Los congresistas serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio del cargo²⁰⁵”. En este aspecto se requiere precisar que los recurrentes al posible daño derivado de la inviolabilidad, se deriva no exactamente de la comisión de delitos, sino más bien de que a través de su actividad como congresistas con sus votos pudieran llegar a favorecer intereses contrarios al ordenamiento jurídico, a través de Leyes de las cuales se derive una responsabilidad indemnizatoria, ya se trate de Leyes ajustadas a la Constitución o que las mismas luego sean declaradas inconstitucionales. El contenido esencial de esta norma, se encuentra justamente en el hecho de que la Ley finalmente expedida ocasione un daño, por ese hecho el congresista no responde, no obstante haberla aprobado con su voto.

Si el congresista comete delitos, de ellos conocerá la Corte Suprema de Justicia, en los términos que la Constitución establece²⁰⁶.

El párrafo 1, del artículo 7º, de la Ley 678 de 2001, fue demandado y la Corte Constitucional en Sentencia C-1174 de 2004 lo declaró ajustado a la Constitución.

No obstante el concurso de las exigencias atrás descritas, el Estado podía exonerarse cuando se demostraba que el daño había sido causado por el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, por la fuerza mayor, el caso fortuito, o por el agente público en actos totalmente desligados del servicio y sin conexión con él²⁰⁷.

Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cuando la acción de repetición se ejerza contra miembros del Consejo de Estado conocerá de ella privativamente en única instancia la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.

Igual competencia se seguirá cuando la acción se interponga en contra de estos altos funcionarios aunque se hayan desvinculado del servicio y siempre y cuando el daño que produjo la reparación a cargo del Estado se haya ocasionado por su conducta dolosa o gravemente culposa durante el tiempo en que hayan ostentado tal calidad.

Parágrafo 2º. Si la acción se intentara en contra de varios funcionarios, será competente el juez que conocería del proceso en contra del de mayor jerarquía...”

²⁰⁵ Esta norma la consagraba la Constitución de 1886, vigente hasta 1991, en los siguientes términos: C.P. de 1886. Art. 106. “Los senadores y representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo...”

²⁰⁶ **ARTICULO 186.** *De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.*

²⁰⁷ Cfr. De Irisarri Restrepo Antonio, Ob. cit.

2.2.3.1. Régimen de responsabilidad subjetiva

Bajo este régimen, la jurisprudencia del Consejo de Estado diferenció un régimen de falla probada del servicio y otro de falla del servicio presunta, según que el actor corriese con la carga de probar la falla o que estuviese exonerado de su demostración, bastándole probar, en este último caso, el hecho dañoso para que surgiera en su favor y en contra del Estado la presunción de falla y, por tanto, para que se invirtiera la carga de la prueba del servicio.

El primero, es decir el de falla probada, conformó la regla general, al paso que el régimen de falla presunta del servicio se aplicó a unas actividades, casi todas ellas “actividades peligrosas”, así como a los actos médicos, ganándose finalmente sólo estos últimos ese calificativo, pues los daños ocasionados por riesgo se juzgan definitivamente por sistemas de responsabilidad sin falla²⁰⁸.

Estos últimos regímenes no necesitan que el Estado haya incurrido en una falla del servicio para que vea comprometida su responsabilidad patrimonial; al demandante le basta probar el hecho dañoso, el daño sufrido y el nexo causal entre uno y otro, en tanto que el descargo para el Estado quedará sujeto a la prueba de un origen externo, entendido éste como la fuerza mayor o del hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

2.2.3.1.1. Falla presunta del servicio

La expresión falla o falta del servicio es sinónimo de culpa de servicio; se presenta cuando el servicio no funciona, cuando se presta en forma deficiente o funciona tardíamente por culpa

²⁰⁸ Ricardo Hoyos Duque. *Precisó sobre el tema: “Es a partir del año 1989 cuando se consolida en forma definitiva y como principio la presunción de falla del servicio en relación con las siguientes actividades:*

a) *Daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio: sentencia del 3 de marzo de 1989 (Exp. No. 5290); sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. No. 3852); sentencia del 25 de octubre de 1991 (Exp. No. 6465).*
b) *Daños causados con armas de fuego: sentencia de 31 de julio de 1989 (Exp. No. 2852).*
c) *Daños causados con vehículos automotores: sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Exp. No. 4484).*
d) *Muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles: sentencia del 5 de marzo de 1991 (Exp. No. 6691).*
Daños originados en la prestación de servicios médicos y hospitalarios: sentencias del 24 de octubre de 1990 (Exp. No. 5902) y 30 de julio de 1992 (Exp. No. 6987) “alcance Jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad, a partir de la Constitución Política de 1991” en la revista “Derechos y Valores de la U. Militar Nueva Granada - Julio – 2000”.

de los agentes del Estado. Se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa o culposa del servidor público. La existencia de culpa es factor determinante para que se estructure la falta o falla del servicio. La culpa de las autoridades y de los servidores públicos, en general es la culpa del Estado, que en la falla del servicio debe ser probada, pudiendo ser desvirtuada demostrando que el agente obró sin culpa, porque fue diligente, cuidadoso, prudente y ajustado al cumplimiento de sus funciones.

El Consejo de Estado (Sentencia, 29 de Nov/77. Magistrado Ponente Carlos Betancur), dijo: “...Y esa falla o culpa de la Administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos...”.

Y es partir de 1992, que la falla presunta quedó reservada a los daños derivados de la prestación de los servicios de salud a cargo del Estado y surge un nuevo régimen de responsabilidad objetiva, para las cosas o actividades peligrosas, llamado presunción de responsabilidad, que analiza los daños que antes se juzgaban bajo el concepto de falla presunta; entonces la concepción inicial de falla o falta del servicio quedó dividida en falla probada como régimen general de responsabilidad subjetiva y falla presunta como régimen especial de esa misma clase de responsabilidad²⁰⁹.

2.2.3.1.2. Falla probada del servicio

Se caracteriza porque la parte interesada en la reparación del perjuicio tiene la carga de probar en forma satisfactoria la totalidad de los siguientes elementos:

- a) Un hecho que puede ser omisión, retardo, irregularidad o deficiencia del servicio, por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
- b) La culpa en la ausencia o anomalía del servicio, cuando no es dable identificar la persona o personas que protagonizaron la deficiencia del servicio.
- c) Un daño antijurídico, indemnizable.

²⁰⁹ Cfr. BUSTAMANTE LEDEZMA, Álvaro. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2003. pp.. 39-42.

d) Una relación o nexo de causalidad entre la culpa y el daño.

La actuación de los agentes estatales, puede presentarse en forma de operaciones administrativas, vías de hecho, hechos propiamente dichos y omisiones o mediante la expedición e actos administrativos y sentencias judiciales contrarios a las normas legales²¹⁰.

2.2.3.2. Régimen de responsabilidad objetiva

La tendencia hacia una concepción objetiva total y global de la responsabilidad no puede entenderse sino como uno de los caminos exploratorios de la evolución general de la responsabilidad extracontractual; sin embargo, es frecuente que la jurisprudencia administrativa tome la iniciativa de consagrar una responsabilidad sin falta, sin que haya sido previamente autorizada por un texto legal²¹¹. Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce expresamente como una especie de la responsabilidad objetiva, al daño especial²¹², “No quiere (La Nación) que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor”, el riesgo excepcional²¹³, los casos de ocupación temporal o permanente de inmuebles por trabajos públicos o, la indemnización por depósito o bodegaje de mercancía en instalaciones oficiales y los de expropiación. Pueden condensarse como formas

²¹⁰ *Ibíd.*, pp. 42.

²¹¹ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 2003 1ª Reimpresión. pp. 375 y 378.

²¹² Cfr. Consejo de Estado. Sentencia de 29 de julio de 1947, Actor: El Siglo S.A. C.P. Dr. Gustavo A. Valbuena.

²¹³ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia de 20 de febrero de 1989, Sección Tercera, Exp. 4655. Actor: Alfonso Sierra Velásquez. C.P. Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, en su libro *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, escribe sobre el tema: p387: “Hasta 1989, la jurisprudencia contencioso-administrativa nacional había resuelto los problemas relacionados con daños causados por armas de dotación oficial a través de la falla del servicio probada (Sent. 21 de octubre de 1982. Actor Gloria Elena Rojas. C.P. Jorge Dangond Flórez), salvo alguna incursión por terrenos de la presunción de culpa (Sent. 24 de octubre de 1975. Exp. 1631). Pero en una sentencia del 20 de febrero de ese año, el Consejo de Estado se inclinó por la presunción de falla del servicio. En la sentencia se dijo que, “el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad”.

principales de responsabilidad objetiva: a) la responsabilidad por riesgo; b) la responsabilidad por daño especial y como ámbito en el que las dos anteriores confluyen; y c) la responsabilidad por trabajos públicos²¹⁴.

El derecho colombiano y la jurisprudencia administrativa del país ha asimilado, no siempre con claridad, la construcción francesa a través de las nociones de “riesgo excepcional” y “daño especial”, esta última adoptada por el Consejo de Estado desde 1947²¹⁵.

El Estado respondía objetivamente si los perjuicios ocurrían mientras permanecía la obligación legal; más allá de ese término, su responsabilidad sólo quedaba expuesta si el actor demostraba la falla del servicio.

De esta responsabilidad se dijo al inicio que nacía del depósito necesario, que significa que todos los establecimientos públicos que tengan por objeto almacenar mercancías, deben contar con instalaciones en buen estado de uso y garantizar la seguridad e intervenir para que cuenten con las medidas de señalización adecuadas. Ese almacenaje de mercancías puede tener origen necesario, cuando se deriva de incautaciones hechas por las autoridades aduaneras (DIAN-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), por encontrar que las mercancías han ingresado al país en forma ilegal, (contrabando); si estando allí las mercancías se deterioran o son hurtadas, se presenta un daño antijurídico, en consecuencia después de un juicio la Administración por orden del juez, está obligada a devolver las mercancías y si no aparecen o han sufrido deterioro, total o parcial o parte de ellas ha desaparecido, estaríamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, porque las mismas no habían sido depositadas con fundamento en una actividad contractual de la Administración, ya que la retención de los productos se produjo en contra de la voluntad del importador; argumento que luego se revisó teniendo en consideración que se trataba de una responsabilidad extracontractual.

Podemos señalar que la ilegalidad del acto administrativo es, en sí misma, constitutiva de una falla del servicio, pero, por tratarse de una manifestación distinta y muy particular de la función administrativa, queda sometido su juzgamiento a un régimen diverso.

²¹⁴ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ob. Cit.*, pp. 379.

²¹⁵ *Ibíd.*, pp. 380.

En Colombia los regímenes de responsabilidad del Estado (consagrados, en su gran mayoría, por la jurisprudencia) resultaban insuficientes, por cuanto no circunscribían los daños causados por la totalidad de las actividades estatales, pues se habían diseñado, esencialmente, para la función administrativa. La multiplicidad en los regímenes de responsabilidad, propios de las diferentes épocas en que se fueron estableciendo, entorpecían la reclamación de la víctima, por motivos de orden procesal, a pesar de los esfuerzos del Consejo de Estado, fundamentados en el principio *jura novit curia*²¹⁶, requerían que, a través de una norma constitucional, se recogiera y sistematizara una edificación jurisprudencial que permitiera cumplir mejor las finalidades de justicia respecto de la víctima.

2.3. Responsabilidad del Estado a partir de 1991

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 90 consagró lo siguiente:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

A partir de su vigencia, el Consejo de Estado inició la interpretación del nuevo precepto. En una primera etapa, notoriamente influenciada por la doctrina española, se produjeron fallos en los que se estableció que la responsabilidad del Estado se había tornado objetiva, por lo cual había desaparecido, en todos los casos, la necesidad de demostrar la existencia de una

²¹⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de febrero de 1995, Exp. S-123. Hoy en día está consagrado en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., que dice: “4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”. La Corte Constitucional en Sentencia C-197, del 7 de abril de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell, declaró exequible esta norma, pero condicionó su aplicación a que: “cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata deberá proceder a su protección, aún cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito... y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el artículo 4 de la Constitución...”. Según el artículo 228 de la Constitución, que es la reafirmación de la disposición del C.C.A., dice: “Art. 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

falla en el servicio. Se dijo que la norma transcrita no había calificado la acción y la omisión de las autoridades públicas, lo que sí hizo, en cambio, al regular la acción de repetición, cuando aludió, expresamente, a la conducta “dolosa o gravemente culposa” del agente estatal.

Según el Consejo de Estado, el proceso no debía decidirse bajo la perspectiva de la falla en el servicio, sino con fundamento en la filosofía de la lesión, la cual, según se señaló allí mismo, se fundamenta en el artículo 90 de la Constitución. Trajo las opiniones de los autores españoles más representativos, en relación con el tema de la responsabilidad del Estado, así como la sentencia del 27 de marzo de 1980, proferida por el Tribunal Supremo español, y concluyó que, dentro de este nuevo planteamiento, la responsabilidad se torna objetiva ya que exige que el perjuicio sea antijurídico en sí mismo, desligado de la licitud o ilicitud de la actuación.

Esta tesis ya había sido expuesta por el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de Junio de 1991²¹⁷, antes de que entrara a regir la nueva Constitución, en un caso en el que resultó lesionado un transeúnte, como consecuencia del desprendimiento de las losas del sexto piso de un edificio donde funcionaban las oficinas de una entidad estatal.

Resalta especialmente, de que la tesis planteada encontró su fundamento en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, que formó el precepto normativo básico con fundamento en el cual la jurisprudencia nacional elaboró la teoría general de la responsabilidad del Estado y edificó los distintos regímenes de responsabilidad, teniendo en cuenta siempre la falla del servicio probada como el régimen común.

En una segunda etapa, el Consejo de Estado limitó la proposición inicial. Se consideró entonces que, en algunos casos, debía exigirse la demostración de la falla del servicio.

En sentencia del 30 de julio de 1992²¹⁸, el Consejo de Estado dijo que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva (Constitución Política, artículo 90), de manera que la parte demandante deberá probar la conducta de la administración, activa u omisiva, el perjuicio que

²¹⁷ Cfr. Consejo de Estado. Exp. 6454. Actor: Edgar Pérez Rodríguez y otra. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

²¹⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sent. 30 de julio de 1992. Exp. 6897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez. C.P. Daniel Suárez Hernández.

produjo y la relación de causalidad adecuada entre aquella y este, y la entidad demandada sólo podrá eximirse demostrando fuerza mayor, un hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero, lo cual implica que no podrá exonerarse acreditando diligencia y cuidado, ni caso fortuito.

Para el Consejo de Estado, no se tiene en cuenta la falla del servicio, dado que en el artículo 90 traslada el problema de la antijuridicidad de la conducta de la administración (funcionamiento irregular del servicio público) a la antijuridicidad del daño; sin embargo, dijo que pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad exclusivamente desde esa perspectiva del daño antijurídico, como ocurre cuando se trata de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de medio, caso en el cual aquella sólo nacerá cuando, dentro de la prestación del servicio, no se pusieron en funcionamiento todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar el perjuicio.

El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de agosto de 1992²¹⁹, hizo un análisis detallado de los casos decididos con fundamento en el régimen denominado de falla del servicio presunta, para establecer diferencia entre ellos. Expresó que mientras en el caso de daños causados en desarrollo del servicio médico oficial, se presume la falla, en otros, en los que también se ha hablado de falla del servicio presunta, relativos a daños causados con armas de dotación oficial, vehículos automotores y líneas de conducción de energía, ya no se tiene en cuenta la falla, sino sólo el daño antijurídico, previsto en el artículo 90 de la Constitución Política; lo que trae consigo una presunción de responsabilidad, más que de falta y precisó la sentencia: “Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (art. 90 de la C.N.), produciéndose así más que una presunción de falta una de responsabilidad”.

²¹⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, 24 de agosto de 1992. Exp. 6754, actor: Enrique Saltarín Monroy. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

A partir de esta providencia, el régimen subjetivo, en su variante de falla presunta, quedó reducido, en la práctica, a los casos de responsabilidad del Estado por perjuicios causados en la prestación del servicio de salud²²⁰. Se concluyó que en los demás casos en los que se dijo, inicialmente, que se aplicaba dicho régimen, la falla del servicio no se tenía en cuenta²²¹. La normatividad aplicable en estos últimos casos era de carácter objetivo; así se había entendido inclusive con anterioridad a la expedición de la nueva Constitución, al precisar los alcances del régimen fundado en el riesgo excepcional²²². En este caso, la sentencia utilizó el término “presunción de responsabilidad”, tomada de Francia, criticada por la doctrina nacional²²³ y por el Consejo de Estado²²⁴.

En vigencia de la actual Constitución de 1991, cualquier caso relativo al daño antijurídico debe resolverse conforme al artículo 90, que consagra el principio general allí establecido. Asunto diferente es que, tratándose del incumplimiento de determinadas obligaciones del Estado frente a los particulares, si la entidad demandada demuestra que cumplió el deber respectivo, a la luz de la norma mencionada, el perjuicio no le es imputable a ésta última o que el demandante está obligado a soportarlo²²⁵, salvo que resulte roto el equilibrio del ciudadano o

²²⁰ Cfr. BUSTAMANTE LEDEZMA, Álvaro. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Edit. Leyer. Bogotá, D.C. 4 de agosto de 2003. p69-70.

²²¹ *Ibíd.*

²²² *Observar, entre otras, sentencia del 20 de febrero de 1989, expediente 4655. Consejo de Estado.*

²²³ *Mirar, entre otros, TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. Ed. Temis S.A., 1997, p. 110, 111; NEWMAN, Vivian. La responsabilidad extracontractual de la administración pública derivada del uso de armas de dotación oficial. En Revista Universitas No. 85, Noviembre de 1993, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, 1993, p. 411 y ss.*

²²⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 2 de marzo de 2000. Expediente 11.401, y septiembre 21 del mismo año, expediente 11.766.

²²⁵ A este discernimiento podría caberle, sin embargo, la crítica formulada por Mariano Magide Herrero frente a la posición adoptada por la jurisprudencia española, en los casos de responsabilidad de la administración por actos de terceros, allí denominada responsabilidad in vigilando. En efecto, plantea Magide que, en tales eventos, la jurisprudencia actúa como si no fuera posible imaginar la responsabilidad de la administración por el funcionamiento normal del servicio, más no por considerar que se trata de una excepción al régimen objetivo, sino porque estima que, si la actividad de la administración no fue negligente, ésta no puede ser considerada causa de la lesión o el daño no tiene carácter antijurídico. (Ver, al respecto, MAGIDE HERRERO, Mariano. “El criterio de imputación de la responsabilidad in vigilando a la administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos”. En MARTÍNEZ LÓPEZ – MUÑIZ, J. Luis y CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. II Coloquio Hispano –Luso de Derecho Administrativo*, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997. Madrid. Marcial Pons, 1999, p. 373.) puede replicarse, sin embargo, en cuanto a la imputabilidad que ella supone la existencia de una relación de causalidad y de un factor de atribución. En efecto, el análisis de la imputabilidad permite establecer quién es el responsable, de modo que si la obligación de indemnizar pretende derivarse de una acción u omisión del Estado y ésta realmente existió, pero se realizó en cumplimiento de las normas que regulaban su funcionamiento, es claro que no existirá factor de atribución suficiente, salvo que resulte roto el

grupo de personas frente a las cargas públicas, en cuyo caso, la reparación se impone a fin de asegurar su restablecimiento. Si tal ruptura no existe, el daño no tendrá el carácter de antijurídico, es decir el particular debe soportarlo.

Luego, el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de Julio de 1993²²⁶, al decidir un proceso originado en un hecho ocurrido en un establecimiento carcelario, cuando se disparó accidentalmente un arma portada por un militar y la bala hirió a un compañero de éste, encontró demostrada la falla del servicio de la administración. Se refiere, en esta decisión, a la importancia del artículo 90, cuyo valor esencial es el de dar ubicación general a la responsabilidad patrimonial de la administración, tanto contractual como extracontractual, que debía averiguarse antes, en el artículo 16 y otras normas de la Constitución de 1886.

A partir de este instante, al resolver casos concretos, comenzó a hacer referencia de nuevo a algunos de los regímenes edificados antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución. El proceso caminó hasta la formulación del criterio según el cual, en el citado artículo 90, cabían todos los regímenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia antes de la nueva Constitución.

2.3.1. Regímenes de responsabilidad y títulos jurídicos de imputación, aplicables a partir de 1991

El 8 de mayo de 1995²²⁷, se dictó una de las sentencias más importantes de esta época; con marcada influencia española, se estudió el elemento de la imputabilidad. Se señaló que el daño antijurídico consiste en una lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, y que la distinción en cada caso está marcada por los títulos jurídicos de imputación del daño, que señalan la imputabilidad jurídica, más allá de la causalidad material que se deriva del nexo causal.

equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas y la reparación se imponga, a fin de asegurar su restablecimiento. Y si tal ruptura no existe, el daño no tendrá carácter antijurídico.

²²⁶ Cfr. Consejo de Estado. José Elías Rivera Arenas. Expediente 8163. M.P. Juan de Dios Montes Hernández. .

²²⁷ Cfr. Consejo de Estado. Expediente 8118. Actora Sociedad Constructora Cárdenas y Maya Ltda. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Se precisó entonces, que mientras en la responsabilidad contractual son títulos de imputación los mandatos de la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos, características de los contratos conmutativos, en la extracontractual lo son, además de la falla del servicio, que se calificó de “título de imputación más frecuente”, la culpa personal en nexo con el servicio, la igualdad de las personas ante la ley, la proporcionalidad de la distribución de las cargas públicas, el riesgo excepcional, el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, así como principios de justicia y equidad, entre ellos el no enriquecimiento sin causa²²⁸.

Se instituyó, así, el criterio según el cual, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, pueden aplicarse todos los regímenes edificados por la jurisprudencia antes de su vigencia, criterio que ha llegado a considerarse tan definitivo que, en varias sentencias, se alude directamente a la falla del servicio, el daño especial o al riesgo excepcional, entre otros, sin mencionar siquiera el citado artículo 90²²⁹.

El argumento según el cual, en el citado artículo 90, cabían todos los regímenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia antes de la nueva Constitución, lo analizó también la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, en la que, a más de reiterar lo expuesto por el Consejo de Estado, en el sentido de que dicha norma trae una cláusula general de responsabilidad del Estado (mandato imperativo, que no distingue los ámbitos de actuación de las autoridades públicas, dado que abarca la responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual del Estado), agregó que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado no son siempre idénticos. Dijo que en la actual práctica jurisprudencial, continúan existiendo regímenes separados: en algunos casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros se presume, y en otros la responsabilidad es objetiva, de suerte que, en el fondo, el daño antijurídico es aquél que se subsume en cualquiera de los regímenes legendarios de responsabilidad del Estado.

²²⁸ Cfr. Consejo de Estado. Expediente 8118. Actora Sociedad Constructora Cárdenas y Maya Ltda. M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

²²⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sentencias del 25 de febrero de 1993, expediente 7703 Actor: Lorenzo Adolfo Victoria M.P. Carlos Betancur Jaramillo; 11 de abril de 1994, expediente 8528 Actor: Gildardo Rincón Gómez. M.P. Carlos Betancur Jaramillo; 5 de agosto de 1994, expediente 9172. Actor Yolanda Stella Navas y otros. M.P. Dr. Daniel Suárez Hernández; 11 de agosto de 1994, expediente 9106; 13 de febrero de 1997, expediente 9912.

2.3.2. El daño antijurídico

El Consejo de Estado, en los últimos años, ha replanteado el principio de la responsabilidad del Estado, partiendo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, como norma que trae un principio general, que debe ser atendido en todos los casos.

Esta tarea se ha abordado, nuevamente, tratando de explicar, en primer término, el contenido y el alcance de los dos elementos estructurales de dicha responsabilidad, que esa disposición contiene. Hasta hoy, la mayor parte del análisis ha estado referido a la solución de casos concretos, no existen conclusiones definitivas sobre el tema, por tanto, la responsabilidad del Estado, sigue marchando con fundamento en criterios subjetivos.

Como claramente podemos observar, con el análisis descriptivo de este capítulo, hemos querido dejar explicada sucintamente la evolución de la responsabilidad extracontractual en Colombia. Por este motivo, en este capítulo presentamos con rigurosidad analítica, los pronunciamientos que ha hecho el Consejo de Estado, en cada uno de los casos que fueron objeto de análisis; sin pasar por alto que todo daño debe ser reparado, indistintamente de la autoridad que lo cause y que coincide con lo expuesto por Martin Queralt²³⁰: “La firmeza con que se defiende un postulado esencial el daño causado hay que repararlo, sea quien sea su hacedor...”.

2.4. Reflexiones al presente capítulo

La dificultad para que sea eficaz un régimen de responsabilidad, se vuelve a poner de manifiesto, cuando la respuesta a ese problema que en la actualidad tendría sentido que se solucionara de forma distinta, esto es, que se resolvieran las controversias con prontitud, pues no se logran los cometidos constitucionales, aunque se de la apariencia de una legalidad formal, entonces se producen resultados incorrectos.

²³⁰ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislator en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Editorial Aranzadi S.A. Primera Edición. Pamplona España. 2009. p22. QUERALT, Juan Martín (Prologuista).

No se comprende de hecho, que a pesar del planteamiento que establece la Constitución Política de Colombia en su artículo 90, la administración de justicia no solucione pronta y cumplidamente las controversias, las cuales requieren un exigente trámite, consistente en que por ejemplo en daños por acción u omisión de autoridades públicas, se presente reclamación en el plazo de dos años (Art. 164, numeral 2, literal i), Ley 1437/2011), término que se interrumpe agotando el requisito de procedibilidad (Art. 161, Ley 1437/2011), esto es la conciliación previa, prevista en la Ley 1285 de 2009 y su Decreto Reglamentario 1716 de 2009. No obstante, la Administración pública no parece dispuesta a mejorar la eficiencia del aparato judicial y los resultados parecen ir en contravía de la realidad colombiana, donde las principales causas de los daños que originan las autoridades públicas, son derivadas de la acción y omisión en la prestación del servicio público, que tampoco ha contado con un apoyo decidido del Legislador con la discusión y aprobación de una Ley que fije plazos y establezca parámetros para que las víctimas obtengan sus indemnizaciones en forma oportuna.

Así las cosas, muy a pesar de la estructura de las sentencias, verdaderas monografías en muchos casos, como se ha dejado expuesto, en general el juez administrativo tampoco ha presentado específicamente soluciones al problema principal de la justicia, que consiste en la tardía respuesta a las controversias puestas a su consideración, como consecuencia de la congestión judicial, que por ejemplo en la Sección Tercera del Consejo de Estado, un asunto en el mejor de los casos, no se resuelve después de haber transcurrido más de trece años, contados desde el instante en que se sucedieron los hechos, hasta que la sentencia se profiere, cuyo origen del daño se deriva de fallas en la prestación del servicio.

La fórmula constitucional que impone la obligación de indemnizar todo daño antijurídico ocasionado por una autoridad pública, requiere diligencia para que el Estado Social de Derecho se constituya en una garantía fundamental de la seguridad jurídica y que el valor de la justicia sea el pilar; porque cuando el Estado juzga, no es parte interesada en una relación jurídica, no es sujeto de Derecho. Cuando juzga, satisface las pretensiones que una parte deduce contra otra, incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión formulada con arreglo al Ordenamiento.

De lo expuesto, se desprende que en Colombia estamos en presencia de una tardía respuesta a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado, esperamos con paciencia el instante en que las decisiones tengan el carácter de inmediatez frente a los conflictos y que cuando se resuelva incorporar la jurisprudencia y la doctrina extranjeras no se dejen pasar décadas para su aplicación. En este nivel de ordenación, los medios tecnológicos no se constituyen en una excusa para la actualización en las sentencias más recientes del Consejo de Estado francés o del Tribunal Supremo español, que permitan encontrar en el análisis y la valoración de esos fallos instrumentos eficaces en las decisiones judiciales que hayan de adoptarse.

En gran medida, para el desarrollo y aplicación de las normas existentes en Colombia, se precisa más compromiso de todas las Ramas del Poder y que las víctimas no sigan adoleciendo de una cobertura al necesario régimen indemnizatorio. De manera que, es urgente la implementación de instrumentos estratégicos que ciertamente ayuden al sistema judicial colombiano a contar con el correlativo deber de la justicia de llegar en forma pronta y cumplida al ciudadano y que éste cuente con mecanismos ágiles para que de ningún modo se permita una degradación que pueda afectar la vida de la población.

Ciertamente, son muy importantes las regulaciones normativas, así como la jurisprudencia y doctrina extranjeras; sin embargo, la aplicación inadecuada en unos casos, y tardía en otros, no es compatible con una Constitución que busca un orden justo con la protección de la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia²³¹, para que las normas constitucionales no sean simple retórica.

La finalidad del cumplimiento de la normatividad existente, puede comprenderse bajo estos términos: que cualquier actuación de la Administración pública, debe estar dentro de la

²³¹ Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

mínima probabilidad de causar daños, que no sea un peligro para la convivencia de la población, y que, en definitiva, se eviten las arbitrariedades, porque “la Administración pública es **subjektivamente un poder público y objetivamente un ordenamiento**; constituidos desde y por la norma fundamental²³²” y la Constitución no tiene como finalidad causar daños.

²³² Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo. Cuarta edición revisada y actualizada*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. pp, 19.

Capítulo III

3. El surgimiento de la responsabilidad del Estado legislador en Colombia

En Colombia, la Constitución Política de 1886 no contenía una norma que sirviera de fundamento general a la obligación del Estado de resarcir los perjuicios que ocasionara el Legislador en su función o con ocasión de la misma. Por tanto, en ese lapso de tiempo no se dictaron sentencias condenatorias derivadas de acciones u omisiones del Legislador, como consecuencia de la antigua formación jurídica, según la cual las actuaciones del Legislador no podían concluir en actos de responsabilidad²³³. La responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, antes de la Constitución Política de 1991, estaba circunscrita a los monopolios, si por esa causa, resultaba privado algún particular del ejercicio de una industria lícita²³⁴ y a la expropiación²³⁵.

Antes de abordar este tema, debemos ser enfáticos en señalar que lamentamos que el Constituyente de 1991, no haya integrado plenamente la redacción del actual artículo 90, con el artículo 185 de la Constitución, como ocurre en otros países. En España, por ejemplo, el numeral 1º, del artículo 71, de la Constitución señala que: “Art. 71.1. Los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”.

²³³ Cfr. RODRÍGUEZ Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Edit. Temis. Bogotá 1999. pp. 390.

²³⁴ La reforma constitucional de 1910 incluyó en la Constitución Política de 1886 la siguiente disposición: “Art. 31. Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita”. Esta norma se encuentra recogida hoy en el artículo 365 de la Constitución Política de 1991.

²³⁵ Cfr. Inc. 3 y 4 del Art. 30 de la Constitución Política de 1886. Inc. 3: “Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa”. Inc. 4: “Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. (artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936). El artículo 58 de la Constitución Política de 1991, regula el tema.

Si se compara esta norma española con el artículo 185 de la Constitución de Colombia que dice: “Art. 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo”. Se colige fácilmente, que la diferencia radica en la responsabilidad por los votos, aquí está el fundamento jurídico que sirve de soporte para que a los congresistas en Colombia, no les sea aplicable la acción de repetición²³⁶. Por este motivo, los congresistas pueden votar una Ley y aún cuando ella cause daños, su actuar no posee el riesgo de que sean demandados en acción de repetición, porque así lo prevé la Constitución Política.

A partir de esta definición, el ámbito de aplicación de la acción de repetición no otorga herramientas jurídicas suficientes; no obstante, si la exoneración de esa responsabilidad se hubiese circunscrito a las opiniones, otro sería el resultado de las actuaciones del Legislador colombiano. Sobra precisar que esta norma está consagrada en el Ordenamiento jurídico desde 1886; aquella Constitución en su artículo 106, consagraba ese privilegio que se contrapone a los términos del artículo 90 constitucional, según el cual todas las autoridades son responsables por sus actuaciones. En consecuencia, los congresistas no están en igualdad de condiciones frente a los demás funcionarios del Estado, es decir que se desaprovechó la reforma a la Constitución de 1991 para modernizar la figura de la responsabilidad de los

²³⁶ Cfr. *CAPITULO II. Aspectos procesales. ARTÍCULO 7º. Jurisdicción y competencia. La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición. Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo. Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto. PARÁGRAFO 1º. Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1174 de 2004, en el entendido que dicha acción no cabe para las decisiones amparadas por la inviolabilidad a que se refiere el artículo 185 de la Constitución Política. Cuando la acción de repetición se ejerza contra miembros del Consejo de Estado conocerá de ella privativamente en única instancia la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002 Igual competencia se seguirá cuando la acción se interponga en contra de estos altos funcionarios aunque se hayan desvinculado del servicio y siempre y cuando el daño que produjo la reparación a cargo del Estado se haya ocasionado por su conducta dolosa o gravemente culposa durante el tiempo en que hayan ostentado tal calidad. PARÁGRAFO 2º. Si la acción se intentara en contra de varios funcionarios, será competente el juez que conocería del proceso en contra del de mayor jerarquía.*

congresistas, a quienes en la práctica nunca se les va a aplicar la Ley 678 de 2001, cuando en cumplimiento de la actividad legislativa ocasionen un daño derivado de sus acciones y omisiones en a una o varias personas.

La voluntad del Legislador plasmada en la Ley, debe ser la respuesta a los fines y valores previstos en la Constitución; sin embargo, la realidad es que en un buen número de casos, las Leyes al ser aplicadas causan daños y es allí donde mediante el estudio metódico y sistemático de esa realidad, se origina la responsabilidad del Legislador.

Por tanto, si como lo advierte el Consejo de Estado²³⁷: “solo son jurídicamente causas del daño, aquéllos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo”. Con anterioridad ese Tribunal²³⁸, se había referido a la responsabilidad del Estado derivada de las Leyes, que es la única manera de comprender que es coherente y justo afirmar que todo voto aprobatorio de una Ley que finalmente resulte ocasionado un daño, debiera hacer responsable a quien lo depositó desde el punto de vista patrimonial, ya se trate de Leyes constitucionales o inconstitucionales; no obstante, el juez individualmente es el que va a decidir el sentido de la

²³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de septiembre de 1997, Expediente 11764. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

²³⁸ Cfr. Consejo de Estado. Exp. No. 5396. 18 de octubre de 1990. M.P. Dr. Julio César Uribe Acosta. Entre otras cosas dijo: “D)Para darle fuerza de convicción al proveído, la Sala desea destacar la filosofía que Georges Vedel expone en su obra *Derecho Administrativo como obstáculo para que la responsabilidad de las leyes sea de recibo, a saber:*

“En primer lugar, hay que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado Legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica directa o indirecta”.

“Sólo quedan, pues, como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado – Legislador, el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Pero, incluso en este terreno la responsabilidad del Legislador tiene otro rasgo irreductiblemente específico: en principio, corresponde al propio Legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; sólo podrá, pues, concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento Legislador. Si este niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse”

“Es, pues, un error ver en la responsabilidad derivada de las leyes un supuesto más de responsabilidad del Estado entre otros. Se trata de un régimen jurídico que se diferencia radicalmente, a pesar de algunas similitudes técnicas, del que preside la reparación de los daños causados por la acción administrativa del Estado. En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho. Además, el autor del daño (el Legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del Legislador”

“Es decir, que la expresión “responsabilidad derivada de las leyes” tiene un sentido original; habría que hablar preferiblemente de un régimen de reparación aceptado por el Legislador” Biblioteca Aguilar, pág. 341.

Sentencia, la cual siempre debería dictarse dentro de un marco previamente delimitado. Sin embargo, acerca de la responsabilidad derivada de la inconstitucionalidad de las Leyes, ha dicho la Corte²³⁹: “... no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del Legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma”.

A pocos meses de entrar en vigencia la Constitución de 1991, el Consejo de Estado²⁴⁰, después de citar el caso *Caucheteus et Desmont*, decidido por el Consejo de Estado Francés el 21 de enero de 1944, dijo:

“Los casos citados por Riveró, en que la Jurisprudencia francesa ha aceptado excepcionalmente responsabilidad por el hecho de las Leyes, permiten concluir que dentro de circunstancias distintas a las que se recogen dentro del presente proceso, bien podría abrirse paso por vía de jurisprudencia, este nuevo frente de responsabilidad del Estado legislador”.

Y agregó: “La Sala reitera, pues, que dentro de la filosofía jurídica que deja expuesta, es posible que, en una situación bien distinta a la que se registra en el presente proceso se abra

²³⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038 DE 2006. M. P. Humberto Sierra Porto.

²⁴⁰ Cfr. Consejo de Estado. Exp. No. 5396. 18 de octubre de 1990. M.P. Dr. Julio César Uribe Acosta. Entre otras cosas dijo: “D)Para darle fuerza de convicción al proveído, la Sala desea destacar la filosofía que Georges Vedel expone en su obra *Derecho Administrativo como obstáculo para que la responsabilidad de las leyes sea de recibo*, a saber:

“En primer lugar, hay que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado Legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica directa o indirecta”.

“Sólo quedan, pues, como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado – Legislador, el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Pero, incluso en este terreno la responsabilidad del Legislador tiene otro rasgo irreductiblemente específico: en principio, corresponde al propio Legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; sólo podrá, pues, concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento Legislador. Si este niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse”

“Es, pues, un error ver en la responsabilidad derivada de las leyes un supuesto más de responsabilidad del Estado entre otros. Se trata de un régimen jurídico que se diferencia radicalmente, a pesar de algunas similitudes técnicas, del que preside la reparación de los daños causados por la acción administrativa del Estado. En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho. Además, el autor del daño (el Legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del Legislador”

“Es decir, que la expresión “responsabilidad derivada de las leyes” tiene un sentido original; habría que hablar preferiblemente de un régimen de reparación aceptado por el Legislador” Biblioteca Aguilar, pág. 341.

paso un régimen de responsabilidad, que dé lugar a la indemnización de perjuicios por la actividad del Estado – legislador...”

Sobre los asuntos del Congreso existe al interior del legislativo colombiano un juez legislativo, llamado “Comisión de Acusaciones”, con funciones jurisdiccionales, no obstante formar parte del Legislativo, el cual tiene a la fecha la instrucción de un número superior a los 1000 procesos en contra de altos funcionarios del Estado, llamados “aforados”. Así mismo, otra cuestión que por tanto podría discutirse, es hasta qué punto, un juez puede ejercer funciones jurisdiccionales, sin acreditar la calidad de abogado; como actualmente ocurre con varios congresistas que sin acreditar la calidad de abogados integran la Comisión de Acusaciones. De modo que, desde esta óptica, es una desviación de la función legislativa y un ejercicio impropio de la función judicial, asuntos que son anormales en un Estado de Derecho.

Aún cuando la Constitución de 1991 introdujo varios cambios que apuntaron a un mejor ejercicio de las distintas actividades del Estado, se dejaron prácticamente intactos los privilegios de los legisladores, así como de altos funcionarios del Estado, de forma que junto a los límites institucionales, lo que realmente existe es un abuso del Derecho, porque las funciones judicial y legislativa deben estar claramente separadas.

Sobre la responsabilidad del Legislador, acaba de suceder (28 de junio de 2012) en Colombia una catástrofe institucional, en la que participaron las tres Ramas del Poder y que durante dos años de debates al interior del Congreso se aprobó un Acto Legislativo llamado “reforma a la justicia”, que tuvo un alto costo para las finanzas públicas y que por la vía de un acuerdo previo y unánime se aprobaron un sinnúmero de beneficios para los congresistas, magistrados de las altas cortes (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia); así como para los altos funcionarios del Estado y se extendía a algunos altos funcionarios y congresistas que actualmente se hallan privados de la libertad, que perseguían con la entrada en vigor de la reforma, salir de la cárcel; así como la extensión del periodo de todos los magistrados de las altas Cortes, de 8 a 12 años, aplicable a quienes ocupaban esos cargos; es decir, la reforma protegía y privilegiaba a servidores públicos de alta jerarquía

pertenecientes a los poderes públicos, quienes colaboraron armónicamente, no como lo ordena la Constitución²⁴¹, sino obviamente en contra del mandato constitucional.

El asunto fue de tal gravedad que provocó por parte del Presidente de la República, la convocatoria a sesiones extras al Congreso y un escrito mediante el cual objetó por inconstitucional e inconveniente la reforma, con el objetivo de archivarla, asunto calificado por la opinión pública como repudiable, que provocó serios comentarios y voces de rechazo; a tal punto, que pasados dos días del archivo de la reforma uno de los columnistas del diario de mayor circulación²⁴², escribió:

“Pero, ya metidos en gastos y en esfuerzos, conviene propiciar desde ahora un cambio mucho más profundo en el Congreso colombiano. El espectáculo de voracidad politiquera que este ofreció – excluidas dos docenas de sus miembros- es manifestación externa de un síntoma más hondo y más grave: el síndrome de la irresponsabilidad y del descaro que aqueja a nuestra clase política (otra vez: con notables excepciones). No hay país en el mundo que afronte una lista tan extensa de parlamentarios investigados y condenados por violar el Código Penal, ni crímenes tan afrentosos, como los que ensucian sus manos, pues incluyen complicidad con pandillas de asesinos y entrega de contratos y bienes del Estado a delincuentes. Pensemos, pues, en una limpieza a fondo a través de los mecanismos constitucionales y legales. Con la reforma o sin ella, en el Congreso siguen los mismos que parieron el monstruo. Es necesario estudiar la revocatoria del mandato de los congresistas que la aprobaron y exigir que, a través de una enmienda de la Carta, se reduzca significativamente el número de parlamentarios y se estudie y dicte una ley de partidos que acabe con las bacong –bandas de congresistas- a fin de construir, en cambio, colectividades políticas sólidas, serias, responsables. Sin ellas, la democracia es imposible y, en vez de legisladores, tendremos bobos profesionales, negociadores de prebendas, embaucadores y mercachifles de la política, como quedó demostrado”

La verdad es que según la Constitución²⁴³, una vez aprobado un Acto Legislativo por parte

²⁴¹ Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

²⁴² Cfr www.eltiempo.com.co. Daniel Samper Pizano. 1 de julio de 2012, pp. 7. "Entrados en gastos, mejor que se vayan".

²⁴³ Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 149. Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes.

del Congreso en dos legislaturas ordinarias, no procedía una citación a sesiones extras por fuera de esos precisos plazos, para el archivo de la reforma, sólo era procedente su promulgación. No obstante, al promulgarlo entraban en vigor todas las atrocidades aprobadas por el Congreso; por tanto, el Presidente de la República, optó por la convocatoria a sesiones extraordinarias y además que el Presidente del Congreso, que es el Presidente del Senado se abstuviera de promulgar el Acto Legislativo, es decir, el Congreso en vista del rechazo generalizado a esa normativa, optó por archivarla en forma extemporánea, no promulgarla. De esta forma, estuvimos en presencia de una actuación donde se estructura la responsabilidad del Estado legislador, obviamente nunca se había visto algo así en la historia de Colombia, que integrantes de las tres Ramas del Poder hubiesen participado en la aprobación de una reforma a la Constitución y que luego ellos al unísono provocaran el archivo de la misma. Esta forma de responsabilidad legislativa además de novedosa, es de enorme gravedad para el Ordenamiento jurídico, que no tiene precedentes y demuestra la ausencia de toda clase de principios por parte de los integrantes de la Cámara y del Senado que con excepción de 24 congresistas que no votaron por su aprobación, los demás todos no sólo participaron en los debates que condujeron a la aprobación del Acto Legislativo, sino que se les observó la euforia en el instante de la aprobación.

En suma con esta actuación, el Legislador colombiano vulneró una vez más la Constitución Política y además ocasionó con su actuar un grave daño a las finanzas públicas, que como es costumbre los legisladores no reparan, por estar exentos de esa responsabilidad, asunto que no es justo, según lo expresado por Tomás De Aquino²⁴⁴, quien refiriéndose a la justicia en general, escribió:

“Porque la justicia regula todas las relaciones interhumanas, en las cuales la norma es una cierta equidad o igualdad, o sea un “ajuste”, que no es sino una aproximación, la mayor posible, a lo que es justo”.

Con fundamento en las conductas en que incurrió un alto porcentaje de los integrantes del Congreso colombiano, es el momento propicio para llevar a cabo una construcción jurídica a

²⁴⁴ Cfr. DE AQUINO, Tomás. *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo Sobre el Gobierno de los Príncipes*. Edit. Porrúa, S.A. México 1985, pp, LVI.

partir de la Constitución²⁴⁵, a fin de que el pueblo se pronuncie promoviendo una reforma estructural en lo relativo al Poder legislativo, su integración, calidades y requisitos, así como la revocatoria del mandato en los casos en que los legisladores quebranten el Ordenamiento jurídico como acaba de ocurrir. Así mismo, que el juzgamiento para todos los altos funcionarios del Estado se lleve a cabo por la Corte Suprema de Justicia.

De ahí la importancia del conocimiento que tenga la opinión pública, en el sentido de la participación del ciudadano en el proceso de cambio normativo, con carácter más corriente y común, sobre todo y básicamente en el nivel de la información.

Resulta importante observar que la evolución del pensamiento jurídico, va en la línea del paralelismo entre la formación del ciudadano en materia constitucional y su mayor participación en la identificación de los problemas del Estado. En el Congreso colombiano no debe existir como hasta ahora, la mal llamada ‘Comisión de Acusaciones’²⁴⁶, que muy poco

²⁴⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 375. *Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.*

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.

En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

²⁴⁶ Cfr. "LEY 5a. DE 1992. "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes". "ARTICULO 329. Denuncia contra Altos funcionarios. La denuncia o la queja que se formule 11 contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, el Magistrado de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia, el miembro del Consejo Superior de la Judicatura, el Magistrado del Consejo de Estado o el Fiscal general de la Nación, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, por indignidad, por mala conducta o por delitos comunes, se presentará por escrito acompañado de las pruebas que tenga el denunciante o de la relación de pruebas que deban practicarse y que respaldan la denuncia o queja. "ARTICULO 346.- Decisión de la Comisión de Instrucción. Si la Comisión decidiere aceptar la cesación de procedimiento, archivará el asunto. Si aceptare la acusación, dentro de los dos (2) días siguientes se remitirá el expediente al Presidente del Senado para que dentro de los cinco (5) días posteriores el Senado en pleno estudie y decida sobre esa admisión de la acusación." "ARTICULO 347. Iniciación del juicio. Admitida la acusación o revocada por vía de apelación la cesación de procedimiento proferida por la Comisión de Instrucción, se inicia el juzgamiento. (Modificado por el artículo 4° de la Ley 273 de 1996) Inmediatamente el acusado que esté desempeñando funciones públicas quedará suspenso de su empleo. Si la acusación se refiere a delitos comunes, se citará al acusado y se le pondrá a disposición de la Corte Suprema de Justicia junto con el expediente. Si la resolución de acusación fuere por hechos cometidos en el ejercicio de funciones públicas o en relación con las mismas, el Senado señalará fecha para la celebración de audiencia pública. Esta resolución se comunicará a la Cámara de Representantes y se notificará personalmente al acusador y al acusado, haciendo saber a éste el derecho que tiene de nombrar un defensor. La audiencia se celebrará aunque a ella no concurriere el acusado. Si no fuere posible la notificación personal se hará por estado. Será acusador el Representante-ponente de la decisión de la Comisión de Investigación y Acusación." "ARTICULO 353. La Cámara como Fiscal. En las actuaciones que adelante la Cámara de Representantes contra altos funcionarios del Estado ejercerá funciones de Fiscal." LEY NUMERO 273 DE 1996. (MARZO 22) "Por la cual se modifica el reglamento del Congreso en

tiene de ‘Comisión’ y nada de ‘Acusaciones’. Las normas que regulan esa Comisión fueron demandadas y la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-148 de 1997²⁴⁷, dispuso la exequibilidad de unos de los artículos, en otros se inhibió y sólo declaró inexecutable el siguiente enunciado normativo:

“Quinto: Declarar INEXECUTABLE la expresión "o revocada por vía de apelación la cesación de procedimiento proferida por la comisión de instrucción", contenida en el inciso primero del artículo 347 de la Ley 5ª de 1992, el cual fue modificado por el artículo 4º de la ley 273 de 1996, que también es INEXECUTABLE”.

Así las cosas, es un hecho que la Asamblea Constituyente de 1991 y los gobiernos de turno, han mantenido esas técnicas básicas de organización política y de su texto salió una corriente de legalización del poder, sobre la base de una creencia ciega en las virtudes del nuevo Ordenamiento jurídico y político, sin que haya existido tras estos veintiún años de vigencia del nuevo régimen constitucional, un movimiento político capaz de ofrecer respuesta,

cuanto al juzgamiento de altos funcionarios." "ART. 1º- Agréguese al artículo 331 de la Ley 5ª de 1992 (1) el siguiente inciso: 'El presidente de la comisión de investigación y acusación, dentro de los dos (2) días siguientes, repartirá la denuncia o queja entre los representantes que integran la comisión, pudiendo designar hasta tres (3) Representantes investigadores para un asunto determinado. En tal caso designará a uno de ellos coordinador. El Representante investigador o representantes investigadores, dentro de los dos (2) días siguientes, citarán al denunciante o quejoso para que se ratifique bajo juramento' "ART: 2º - Adiciónese el artículo 332 de la ley 5ª de 1992 con el siguiente párrafo: 'PAR:- DECRETO 2700 DE 1991. (Noviembre 30 "ART: 467 - Acusación ante la Cámara de Representantes. El juzgamiento de los servidores públicos, que de acuerdo con la Constitución deban ser juzgados por el Senado, se hará siempre mediante acusación a la Cámara de Representantes, que en tal caso actúa como fiscal. Cualquier ciudadano puede denunciar ante la Cámara de Representantes las infracciones de la ley penal cometidas por los servidores públicos que deban ser juzgados ante el Senado." "ART. 489.- La cámara como fiscal. En las actuaciones que adelante la Cámara de Representantes contra los servidores públicos ejerce funciones de fiscal."

²⁴⁷ Cfr. VI. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, R E S U E L V E. Primero: Respecto de los artículos 331, 333, 336, 338, 339, 340 y 345 de la ley 5ª de 1992, ESTARSE a lo resuelto en la Sentencia C-563 de 1996. Segundo: En cuanto al artículo 332 de la ley 5ª de 1996, DECLARARSE INHIBIDA por carencia actual de objeto Tercero: Declarar EXECUTABLE la expresión "o por delitos comunes" contenida en el artículo 329 de la ley 5ª de 1992. Cuarto: Con respecto al artículo 346, ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-222 de 1996. Quinto: Declarar INEXECUTABLE la expresión "o revocada por vía de apelación la cesación de procedimiento proferida por la comisión de instrucción", contenida en el inciso primero del artículo 347 de la Ley 5ª de 1992, el cual fue modificado por el artículo 4º de la ley 273 de 1996, que también es INEXECUTABLE. Sexto: Declarar EXECUTABLES, el inciso tercero (3º) del artículo 347 y el artículo 353 de la ley 5ª de 1992. Séptimo: INHIBIRSE para emitir pronunciamiento de fondo contra los incisos segundo (2º) y cuarto (4º) del artículo 347 de la ley 5ª. de 1992, por ausencia de cargos. Octavo: Declarar EXECUTABLES las expresiones "investigadores para un asunto determinado" e "investigador" del artículo 1º de la ley 273 de 1996. Noveno: Declarar EXECUTABLES los artículos 2º, y 3º de la ley 273 de 1996. Décimo: Declarar EXECUTABLES, la expresión "que en tal caso actúa como fiscal" del artículo 467 y el artículo 489 del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal”.

al menos en principio a todos los casos que se han planteado en relación con el Congreso o de sustituirlo por otro enteramente nuevo, construido y articulado como un aparato racional sistemático y completo²⁴⁸, que sirva de ejemplo a quienes pretendan formar parte del legislativo que Colombia necesita.

Debemos pensar en un moderno Derecho público colombiano, este paso, implica, por tanto, una innovación legislativa que propugne por una línea que no solo cuente con una adecuada ordenación normativa; ello significa contar con Leyes que contengan sanciones muy rigurosas por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en la Constitución y la Ley vigente.

Actuar en contravía, como acaba de ocurrir en Colombia, constituye una debilidad institucional y un retroceso, tesis soportada en el argumento que expuso Hoyos Castañeda²⁴⁹, según el cual: “La Ley, por tanto, debe tener en cuenta las condiciones y disposiciones de los sujetos a quienes regirá: se debe imponer de acuerdo con el ser de aquellos a quienes regula. Si no se tiene presente el dispositivo materia de la Ley, esta no cumplirá con el fin de ordenar el obrar. El que algo se halle medido y regulado se debe a que participa de la medida y de la regla”.

Esta tarea, requiere de voluntad política, en un momento en que demandamos sustituir del Ordenamiento toda norma que impida juzgar a quien amparado en la inmunidad, como un atributo del sistema constitucional vigente, observa sin preocupación el paso de los años, mientras se enmohecen los expedientes y el pueblo olvida con tremenda facilidad las actuaciones irregulares de los aforados.

Esquemáticamente, estas razones sumadas al hecho de que quien acepta un cargo público, debe tener muy claro que esa entrega al servicio público, constituye una vocación de servicio para alcanzar un país mejor, alejándose en todo caso de cualquier pretensión de carácter

²⁴⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, ley e inmunidades del Poder*. Editorial Civitas. Impreso en España, abril 2011. p117 y 118.

²⁴⁹ Cfr. MESA POSADA, Carlos Augusto. *La Ley Natural en Santo Tomás. Prólogo de HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam*. Edit. Instituto de Humanidades de La Universidad de La Sabana. Bogotá, 1998. pp. 19.

subjetivo; a diferencia de lo que ahora ocurre, cuando un gran número de quienes logran ingresar a un empleo estatal, con independencia de la Rama del Poder a la que pertenezca, lo hacen con el objetivo de satisfacer sus intereses personales. Esta argumentación se deriva de la gran cantidad de excongresistas y exfuncionarios estatales que actualmente se encuentran condenados por actos de corrupción.

Así mismo, debería prohibirse el nombramiento en entidades públicas de familiares de los integrantes del Congreso, magistrado de las altas cortes o alto funcionario del Estado y que cada uno de ellos tuviese bien claro que no existen en Colombia monarcas absolutos y que en verdad toda la estructura del Estado por encima del poder político que ostente en el caso que vulnere la Ley tendría que someterse a la investigación y juzgamiento por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo cual en la actualidad no acontece.

La erradicación de privilegios y la consagración definitiva en Colombia de un nuevo orden legislativo permitiría no sólo que el Congreso recupere su credibilidad, sino que se pase de una mera exigencia formal, a que no existan razones para que se conserven inmunidades que le hacen daño al control y fiscalización al que deben estar sometidos todos los servidores públicos, todo en beneficio del interés general.

En esta misma línea y a pesar de las contradicciones en las que incurre la regulación constitucional en materia de privilegios para los aforados, si bien esto tiene sus matices en la propia Constitución, la cuestión que se plantea resulta posible, ya que en la legislación colombiana existen los medios para llevar a cabo las reformas.

Hay que buscar en todo instante guardar el Derecho, esa gran empresa de todos los juristas, necesaria en todo Estado de Derecho que es la de instrumentarse como un Estado de justicia, pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente me ampararé sostuvo García de Enterría²⁵⁰, en unas graves y hermosas palabras de Alexis de TOCQUEVILLE:

“Es de la esencia del Poder Judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de

²⁵⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. Ob. Cit. pp. 101.

la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquéllos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

Tal poder es especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos, los derechos y los intereses particulares estarán siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a la medida que las condiciones se igualan²⁵¹”.

3.1. Responsabilidad del Estado, derivada de Leyes constitucionales

Es aquélla que se presenta cuando Leyes ajustadas a la Constitución causan un daño. Sobre este tema el Consejo de Estado, mediante sentencias del 25 de agosto²⁵², el 8 de septiembre de 1998²⁵³ y 19 de octubre de 2000²⁵⁴ decidió tratar en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, tres casos, cuyos hechos que sirvieron de fundamento guardan similitud²⁵⁵.

Los hechos que dieron lugar al primero de ellos fueron los siguientes:

En el año de 1991 un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano. La familia de la víctima intentó infructuosamente obtener compensación por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de

²⁵¹ *Ibíd.* pp. 102-103. Citando a TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, en la edición de Gallimard, París, 1951, II, pp. 331.

²⁵² Consejo de Estado. Expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros.

²⁵³ Consejo de Estado. Expediente IJ- 002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

²⁵⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de octubre de 2000. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13.945. Actor: Elvira Luzardo de Parada y otro Vs. Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁵⁵ En el proceso resuelto mediante sentencia del 8 de septiembre de 1998, se pedía la indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de las lesiones ocasionadas a uno de los dos, al colisionar el vehículo en que se transportaba, con otro de placa diplomática, conducido por un miembro de la Misión Diplomática de Estados Unidos. Al igual que en el proceso decidido el 25 de agosto de 1998, se alegó el traslado de la responsabilidad al Estado colombiano, en virtud del “acto legislativo”, consistente en la expedición de la ley 6ª de 1972, por la cual se aprobó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que consagra la inmunidad de jurisdicción diplomática. El caso fue resuelto con fundamento en argumentos similares a los expuestos en el fallo del 25 de agosto de 1998, sin embargo, a fin de debatir la argumentación del demandante, se llamó la atención sobre la inexistencia de un error legislativo, y se agregó que tampoco incurrió el legislador colombiano en omisión, al no hacer reservas en relación con las normas que establecen la citada inmunidad. Al respecto se explicó que el tratado fue suscrito y ratificado conforme a las normas constitucionales y, por lo demás, se indicó que una reserva de tal naturaleza resultaría incompatible con el objeto y el fin del tratado, que resultaría, entonces, inoperante. No obstante, encontró la Sala demostrado que su aplicación en el territorio colombiano, en el caso concreto, causó un daño antijurídico a los demandantes, materializado en la imposibilidad de perseguir, ante el juez nacional competente – juez natural -, la correspondiente indemnización contra el directo causante del daño.

Justicia, órgano judicial que rechazó la demanda impetrada contra el conductor el vehículo debido a la inmunidad que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena (aprobada por la Ley 6ª de 1972). Posteriormente acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y demandan al Congreso de la República – representado en el proceso por el Ministerio del Interior-, bajo el entendimiento que estas entidades debían responder por los perjuicios causado por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y posteriormente aprobada por el Congreso de la República.

El alto Tribunal trae como antecedentes jurisprudenciales, las Sentencias del Consejo de Estado francés de 14 de febrero de 1938, respecto de la Sociedad de Productos Lácteos “la Fleurette”, por la aplicación de la Ley 29 de 1934; la Sentencia de 30 de marzo de 1966, en el caso llamado Compañía General de Energía Radio Eléctrica y el 4 de julio de 1989 por la cual el Consejo Constitucional tuvo la ocasión de afirmar la existencia de la responsabilidad del Estado legislador en el caso en que una Ley crea un daño especial y anormal en eventos relacionados con la modalidad de aplicación de las privatizaciones, dejando sentado que tal responsabilidad se justifica por el principio constitucional de la igualdad de todos ante las cargas públicas.

De Portugal, citó el recurso 33534, mediante el cual el Consejo de Estado de ese país, con fecha 10 de mayo de 1994, el Estado portugués, asume la responsabilidad de obligarse a pagar una indemnización como consecuencia de daños ocasionados por fuerzas armadas de los Estados Unidos en las Islas Azores, para compensar la renuncia que hicieron los americanos a ser juzgados por Tribunales portugueses y para obviar las dificultades de los portugueses a recurrir a Tribunales americanos.

Los actores, demandaron a la Nación, para que se declarase responsable de los perjuicios sufridos “como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la Ley 6ª de 1972, la cual aprobó la convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática”.

Por esa aplicación se impide a los actores accionar para obtener la reparación, aunque se deja la posibilidad de demandar ante la justicia del Estado acreditante.

Acogió el Consejo de Estado las pretensiones de la demanda y, en relación con el fundamento de la responsabilidad de la Nación, en el caso concreto, hizo las siguientes precisiones:

a).- La responsabilidad del Estado, por el hecho de la Ley, no supone que ésta última vulnere mandatos superiores. En efecto, aquélla se deriva de la antijuridicidad del daño sufrido por el demandante, al margen de la licitud o ilicitud de la conducta que lo causa.

b).-La imposibilidad de demandar directamente ante la justicia ordinaria al agente productor del daño sufrido por los actores, no obsta para que éstos acudan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con fundamento en el desequilibrio de las cargas públicas ante la Ley, formulando demanda contra el Estado Colombiano, lo que permite garantizar su derecho de acceso a la justicia nacional y el “derecho que tiene todo ciudadano a demandar en reparación, en igualdad de condiciones en su territorio y ante jueces nacionales”.

c).- Sobre el factor de imputación del daño al Estado, dijo que éste resulta de la titularidad jurídica exclusiva y excluyente que tiene aquél para el manejo de las relaciones internacionales, que implican una operación compleja, con participación de las tres Ramas del Poder público: el ejecutivo, encabezado por el Presidente de la República, a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y, por supuesto, la negociación de los tratados; el legislativo, que expide la Ley que incorpora el tratado; y el judicial (Corte Constitucional), que realiza el control automático de la Ley.

d).-Acerca del fundamento normativo, señaló que, conforme al artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe asumir las consecuencias de las actuaciones realizadas como titular de las relaciones internacionales, y además que en el caso concreto, en virtud de la aprobación de la Convención de Viena, los afectados perdieron la oportunidad de demandar ante el juez natural al autor material del daño y al propietario del vehículo, surge para aquél la

obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por éstos. Y precisó: “En todo caso, la garantía de acceder a la administración de justicia (art. 229 de la Constitución Política), no puede sufrir excepción y para que se haga efectiva en el caso sub judice se abre paso la demanda contra el Estado Colombiano...”.

e).-Expresó que, debe aplicarse el régimen del daño especial, que procede cuando la actividad legítima del Estado causa un daño. Así, en el caso objeto de discusión, la incorporación a la legislación nacional del texto de la Convención de Viena.

“en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública, consistente en la negociación o firma de dicho tratado, su incorporación como Ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales..., produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas, que los actores no están en la obligación de resistir”.

La aplicación del texto normativo trae como consecuencia la contraposición de derechos reconocidos por el Ordenamiento colombiano: de una parte, la inmunidad diplomática, y de otra, el derecho que tienen todos los residentes en Colombia de accionar ante sus jueces naturales. Excepcionalmente, por causa del tratamiento privilegiado otorgado por el Estado a una persona, en atención a sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otra persona, que resulta perjudicada y sin la posibilidad de demandar ante un juez natural la reparación respectiva, es claro que hay un desequilibrio frente a las cargas públicas, por lo cual el particular está habilitado para demandar al Estado, dijo el Consejo de Estado en su providencia.

Sobre las consideraciones de la Sentencia, se destacó, la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, para fundar la responsabilidad del Estado, teniendo en cuenta el factor de imputación del perjuicio y su antijuridicidad.

La imputación surge de la titularidad exclusiva del manejo de las relaciones internacionales que corresponde al Estado, es decir, señaló quién debe responder por el perjuicio cuya indemnización se pide, al lado de la causa del mismo.

La antijuridicidad nace de la anormalidad del daño, que analiza la situación de la víctima una vez ocurrido el hecho. Es su realización la que implica para el ciudadano un sacrificio especial, que no soportan los demás. Si bien el establecimiento de la inmunidad diplomática crea la contingencia de un perjuicio para todos los ciudadanos colombianos, que puedan resultar damnificados como consecuencia de la actuación de una persona amparada por ella, es evidente que su anormalidad sólo puede ser analizada cuando el mismo se realiza.

En opinión de los Magistrados que aclararon su voto, la inmunidad establecida en la Convención de Viena es una carga que deben soportar todas las personas por igual, de manera que el fundamento de la responsabilidad, en este caso, no podía ser el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, como expresión del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, sino el daño antijurídico causado por la conducta de las autoridades públicas, que consiste en la privación de su derecho a acceder a la Administración de justicia²⁵⁶, o la condición de garante que adquiere el Estado, al conferir por razones de Estado y en virtud del principio de reciprocidad, un status privilegiado a algunos ciudadanos extranjeros²⁵⁷.

El Consejo de Estado aplicó el régimen objetivo en caso de responsabilidad por el hecho de la Ley cuando esta es constitucional. La Sentencia señaló que, en tal situación, no es necesario que ésta última transgreda la Constitución. Y en ese caso, este hecho resultó decisivo, en atención a que, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución, el Estado colombiano suscribió la Convención de Viena y efectuó los trámites internos e internacionales necesarios para su entrada en vigor. Como consecuencia de la consagración de la inmunidad diplomática, se dio origen al daño, que se llevó a cabo al producirse un hecho concreto, y originó que causara un perjuicio a un particular. Este perjuicio resultó imputable al Estado y por tanto debió responder patrimonialmente.

²⁵⁶ Cfr. Consejo de Estado. Aclaración de voto del Magistrado Mario Alario Méndez.

²⁵⁷ Cfr. Consejo de Estado. Aclaración de voto del Magistrado Juan de Dios Montes Hernández. Actor: RIVERA ARENAS José Elías y otros. Expediente 8163.

Según una de las aclaraciones de voto, es equívoca la manifestación contenida en la Sentencia, en el sentido de que el derecho a acceder a la administración de justicia, previsto en el artículo 229 de la Constitución Política, no puede tener excepciones, de manera que, para hacerlo efectivo, en el caso concreto se da la posibilidad de demandar al Estado Colombiano. Dijo el magistrado, que tal manifestación desconoce que la inmunidad de jurisdicción es un principio general de Derecho internacional y equivale a decir que la Ley que la consagre es inconstitucional, lo que en su opinión, no es cierto.

Precisó, que la responsabilidad del Estado por el hecho de la Ley no supone, necesariamente, que ésta última vulnere mandatos superiores. El fundamento de la responsabilidad no se encuentra, entonces, en la circunstancia de que el derecho aludido no pueda ser restringido, sino en el carácter antijurídico del perjuicio ocasionado por quien resulta efectivamente perjudicado con tal restricción.

Otra de las aclaraciones de voto²⁵⁸, dijo que, en el caso estudiado, no existe responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por el hecho del Legislador, teniendo en cuenta que se trata de un acto complejo, en el que intervinieron, de un lado, varios Estados, y de otro, a nivel interno, las distintas Ramas del Poder público, cuyas voluntades se fundaron en una sola.

De manera que, la causa inmediata estuvo en la Ley aprobatoria del tratado, por lo que la situación planteada consagró un caso típico de responsabilidad sin falta del Estado por el hecho del Legislador.

Las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, el 25 de agosto de 1998²⁵⁹, 8 de septiembre de la misma anualidad²⁶⁰ y el 19 de octubre de 2000²⁶¹ fueron el resultado del pronóstico hecho por León Duguit, según el cual los jueces condenarían a un sujeto especial, el Estado legislador, por daños resultantes de la actividad normativa.

²⁵⁸ Cfr. Consejo de Estado. Aclaración de voto del Magistrado Manuel Urueta.

²⁵⁹ *Ibíd.* Expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros.

²⁶⁰ *Ibíd.* Expediente IJ- 002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

²⁶¹ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de octubre de 2000. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13.945. Actor: Elvira Luzardo de Parada y otro Vs. Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores.

Estas manifestaciones jurisprudenciales, permitieron el resarcimiento patrimonial, señalando por primera vez en Colombia la responsabilidad patrimonial por la actividad legislativa como un fenómeno corriente.

El ciudadano debe confiar en las Leyes, el Legislador en su actividad debe estar capacitado para dictarlas y el juez, como hizo el Consejo de Estado en las Sentencias citadas, debe aportar argumentos persuasivos para innovar el Derecho y disponerse para el resarcimiento del daño aún cuando el mismo se produzca en vigencia de Leyes constitucionales, con fundamento en la falla del servicio, porque “Errare humanum est”.

Dejamos aquí apuntado que el Consejo de Estado, en estos casos, dio un primer paso en Colombia declarando la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Quizá esas decisiones no han servido para que se instituya un principio de prevención, a fin de que el Legislador sea consciente que todas las Leyes que aprueba deben estar encaminadas a la satisfacción del interés social general. Así mismo, toda falla en la elaboración debía ser analizada por el juzgador y de allí establecer si esas previsiones se debían suponer por las consecuencias negativas o si era un deber básico del Legislador evitar que hubiesen personas en el territorio colombiano que gozaban de inmunidad y ellas no podían, ni debían perturbar la convivencia de los ciudadanos, indistintamente de su cargo diplomático y mucho menos causar daños, asunto del resorte legislativo.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C-038 de 2006, enriqueció este debate y marcó el estado actual de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en Colombia²⁶²,

²⁶² Cfr. Sentencia C-038/06. Corte Constitucional. “Son contadas las ocasiones en las cuales los jueces colombianos se han ocupado de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador. Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional constituyen todos los precedentes en la materia. A continuación se expondrán sucintamente las principales decisiones en cuestión.

La primera ocasión en la cual el Consejo de Estado se pronunció al respecto es la sentencia de agosto 25 de 1998²⁶². En esa oportunidad se trataba de los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena²⁶². En la decisión de segunda instancia el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo introdujo algunas interesantes precisiones: En primer lugar sostuvo que la responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño²⁶², es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio, y en que el daño fuera imputable al Estado colombiano²⁶². En ese caso en concreto concluyó que el título de imputación jurídica sobre el cual se edificaba la

porque no dejó márgenes de duda sobre la aplicación actual de dicha institución. La Sentencia, citó importantes decisiones adoptadas por el Consejo de Estado Francés y reflexionó cuidadosamente sobre los medios procesales existentes para obtener un eventual resarcimiento. Concluyó que:

“En efecto, la jurisprudencia tanto de la Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como de la Sección Tercera ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del Poder Legislativo es la acción de reparación directa, como se sostuvo en las Sentencias de 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998 de la Sala Plena, y en la Sentencia de septiembre de 2002 y el auto de 15 de mayo de 2003, providencias a las que previamente se hizo referencia²⁶³”.

Por otra parte, la doctrina colombiana acepta que una Ley válidamente expedida puede causar un daño²⁶⁴:

“En consecuencia, la sola manera jurídica de entender una responsabilidad del Estado, con base en la actuación del Legislador en cuanto tal, era a través de la violación de la Constitución por la respectiva Ley, y en cuanto de ella se hubiera derivado un daño para quien intentaba la demanda. Las mencionadas Sentencias, sin embargo, plantearon la posibilidad de que una Ley no aquejada de vicio alguno de constitucionalidad se convirtiera en fuente de responsabilidad”.

Los daños provenientes de actividades del Legislador plasmadas en Leyes constitucionales, deben seguirse reclamando por los perjudicados y debiera pensarse en la falla del servicio y la confianza legítima, como principios aplicables, con apoyo en la sana crítica (Código de Procedimiento Civil, artículo 187), a fin de que la institución resarcitoria que

responsabilidad estatal, lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó daño antijurídico el cuál un administrado en particular no tenía el deber de soportar: “(...) De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política”²⁶².

²⁶³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038/06. Corte Constitucional.

²⁶⁴ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Ob. Cit. pp. 448-449.

contempla el artículo 90 de la Constitución se continúe aplicando, porque todo daño debe ser reparado integralmente, como lo ordenó el artículo 16 de la ley 446 de 1998²⁶⁵.

3.2. Responsabilidad del Estado, derivada de Leyes declaradas inconstitucionales

Ocurre en los casos en los que Leyes que han sido declaradas inconstitucionales, durante su vigencia han causado daños. Al dar inicio a su estudio, es pertinente comenzar resaltando el caso de los Estados Unidos, no sólo por la creciente influencia que su Derecho ejerce en Colombia, sino por la paradoja que teniendo uno de los sistemas de responsabilidad civil más avanzados del mundo, conserve la inmunidad del Estado²⁶⁶.

García de Enterría²⁶⁷, refiriéndose al origen de la técnica del control constitucional de las Leyes, sostuvo:

“La Sentencia Marbury v. Madison, de 1803, de la que fue ponente el Juez Marshall, es la primera, como se sabe, que aplica la tesis de que la validez de una Ley depende de su conformidad con la Constitución, inaugurando en todo el mundo la técnica del control de constitucionalidad de las Leyes, técnica que correspondería a cualquier juez (el sistema de jurisdicción concentrada en un Tribunal Constitucional único no aparece hasta el constitucionalismo europeo de la primera postguerra mundial y es, esencialmente, tributario de las ideas de Kelsen). Pues bien, en esa Sentencia Marbury, que es el origen de toda técnica de control de constitucionalidad de las Leyes, aparece ya una afirmación capital: <that an act of the legislature repugnant to the Constitution is void>, esto es, que cuando un acto legislativo que contradice la Constitución es nulo. Esto quiere decir que se trata de un vicio originario, que afecta a la Ley desde su entrada en vigor y que por ello afecta desde ese momento mismo su validez. De aquí derivaría el principio llamado <the void ab initio

²⁶⁵ Cfr. Ley 446 de 1998, “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

²⁶⁶ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Ob. Cit, pp. 48.

²⁶⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La responsabilidad patrimonial en el Estado Legislador en el derecho español. Thomson Civitas. Aranzadi S.A. Madrid, 2005. pp. 280.

theory>, la teoría de la nulidad de origen²⁶⁸, lo cual implica, como se comprende, que los efectos de la constatación de inconstitucionalidad de la Ley se aplicarían retroactivamente, dado que en los términos de una Sentencia del Tribunal Supremo de 1883, in legal contemplation... it has never been passed, en perspectiva legal es como si nunca hubiese ocurrido²⁶⁹.

Y agregó²⁷⁰: *“De todo ello se deriva que la sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene necesariamente efectos retroactivos, aunque debe recordarse que los juicios de inconstitucionalidad en América no son nunca abstractos como es lo normal en el sistema de control de constitucionalidad en Europa, sino que se producen por cualquier juez con ocasión de un proceso ordinario, de cualquier naturaleza, y no producen efecto inmediato más que en ese proceso singular (aunque lo normal será que desencadene una serie de procesos sucesivos interesados en aplicar la tesis de la inconstitucionalidad que en aquel primer proceso se ha producido)²⁷¹.*

Luego expuso²⁷²: *“Pero hay que notar que una jurisprudencia que data ya de la segunda mitad del siglo XX ha corregido sustancialmente la doctrina de la retroactividad absoluta de los efectos de las Sentencias de inconstitucionalidad (ya afectada paulatinamente por sucesivas puntualizaciones desde la perspectiva de la buena fe, la razonabilidad de los plazos y la seguridad jurídica), introduciendo, ya por vía general, la doctrina llamada <prospectiva>, esto es, la que establece que los efectos de una declaración de inconstitucionalidad se producen pro futuro, no para el pasado, que se mantiene en principio íntegro²⁷³”.*

²⁶⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Ob. cit. pp. 281 citando a Oliver F. Field. *The effect of an unconstitutional statute*. New York, 1991 (original de 1935), págs. 3 y ss. En los términos de otro autor, T. Cooley, de 1885 (cit. por Field pág. 2): *<una decisión (legislativa) que se opone a la Constitución no es Derecho en modo alguno> (no law at all)*

²⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 281, citando a L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Mineola, New York, 1988, pp. 227.

²⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 281.

²⁷¹ *Obíd.*, pp. 281.

²⁷² *Ibíd.*, pág. 282 citando un artículo del mismo autor publicado en REDA titulado “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva” en la declaración de la eficacia de las leyes inconstitucionales. La decisión fundamental de la Corte Suprema Americana fue Linkletter, 1973

²⁷³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Ob. Cit. pp. 282.

Se hace necesario que exista debate en torno a la obligación resarcitoria, para determinar cuándo procede y cuándo es improcedente la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, para que se justifique la causa jurídica de imputación y puedan trasladarse los costos del daño del patrimonio de quien lo sufre al de quien lo causa.

En Colombia, el Consejo de Estado²⁷⁴ señaló que la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente puede dar origen a un daño patrimonial o extrapatrimonial. Esto quiere decir que el administrado podría reclamar indemnización, sin olvidar que, el hecho de que una Ley haya sido declarada contraventora de la Constitución, origina la declaración de inexequibilidad, con efectos prospectivos (ex nunc) o retroactivos (ex tunc)²⁷⁵.

Acerca de la posición de la doctrina extranjera²⁷⁶, según la cual los efectos de una declaración de inconstitucionalidad se producen pro futuro, se ha dicho por un sector de la doctrina²⁷⁷ que la solución consiste en que si la inexequibilidad es declarada y modulada la sentencia, se le den efectos para el futuro no puede haber responsabilidad del Estado y las situaciones anteriores al fallo creadas o surgidas bajo el amparo de la Ley en cuestión se consideran consolidadas. No obstante, si la decisión contiene efectos retroactivos, tal

²⁷⁴ “La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, Ley 80 de 1993), en la extracontractual, además de la falla del servicio, que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones, en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del CCA; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 N° 9 y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del CPC, 414 del CPP, etc.), la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente...”. Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXIV. No. 283. Edt. Legis. Julio de 1995. p 759-762 Consejo de Estado. Sección Tercera, 8 de mayo de 1995, Exp. 8118. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

²⁷⁵ Ley 270 de 1996, “Art. 45.-Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

²⁷⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español. Ob. Cit. pp. 282.

²⁷⁷ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003, pp. 451.

responsabilidad es jurídicamente viable frente a los efectos producidos por la Ley inconstitucional. Dicho de otra forma, implica que la responsabilidad depende de la modulación que el juez le imparta al pronunciamiento en el instante de proferir el fallo²⁷⁸.

Es obvio, la única forma de evitar daños derivados de Leyes inconstitucionales, es que los efectos que el juez constitucional le dé a la Sentencia sean ex.nunc.

Sobre los aspectos polémicos de los efectos ex tunc y ex nunc y los que la Corte le pueda dar a sus Sentencias²⁷⁹, teniendo en cuenta todos los lineamientos que prevé el Ordenamiento jurídico, cuando se trate de un examen de constitucionalidad, no se conocen los criterios que adopta la Corte para darle a la Sentencia uno u otro efecto, lo único claro es que los efectos retroactivos de los fallos generan responsabilidad patrimonial.

Si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, excepcionalmente, en algunas ocasiones, a través de la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por Leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias²⁸⁰.

Sin duda el caso más conocido en el que se aplicó una Sentencia con efectos ex tunc es el de la Sentencia C-149 de 1993²⁸¹, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones

²⁷⁸ Cfr. *Ley Estatutaria De Administración de Justicia No. 270 del 7 marzo de 1996. Contiene Sentencia C-037 DE 1996, ACLARIONES Y SALVAMENTOS DE VOTO*. Edit. Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá. 1996. El artículo 45 de la Ley 270 de 1996, dice: “Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

²⁷⁹ Cfr. Ley 270 de 1996. Art. 45. Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Negrillas fuera de texto.

²⁸⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038/06. Corte Constitucional.

²⁸¹ Cfr. Dice la Corte en cita que hace de la sentencia C-038/06: “En el año de 1992 el Congreso expidió una ley por medio de la cual se creaban unos Bonos para el Desarrollo Social y la Seguridad Interna en los cuales debían invertir forzosamente las personas naturales y jurídicas cuyo patrimonio superara cierta cuantía. A juicio de la Corte Constitucional tales bonos realmente eran un impuesto el cual además se había establecido violando el principio de irretroactividad tributaria”.

inconstitucionales. En aquella oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco²⁸².

Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutableidad tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las Leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las Leyes contrarias a la Constitución²⁸³.

Así las cosas, tenemos que el proceso de expedición de la Ley exige cuidado. Por tanto, se requiere, aplicar los principios constitucionales que son el único soporte para ejercer el poder del Estado²⁸⁴, para que no se halle razón a la teoría de que el concepto de irresponsabilidad del Estado, pareciera ser un concepto arqueológico²⁸⁵. En la actualidad, es difícil resistirse a reconocer que el Legislador puede llegar a causar un daño, con la expedición de una Ley.

Con relación a este asunto, Rodríguez Rodríguez, señaló²⁸⁶:

“En efecto, no puede sostenerse que el Legislador colombiano sea soberano, pues es evidente que debe respetar la Constitución. Sólo presenta esa calidad cuando actúa como Constituyente, caso en el cual no es posible aplicar la polémica que estamos comentando. De manera que, debiendo respetar la Constitución, es posible que el Legislador actúe

²⁸² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038/06. Corte Constitucional.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Cfr. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Memorias del seminario “El fenómeno de la Responsabilidad en Derechos Humanos”*. Santafé de Bogotá, D.C. 1996. pp.105.

²⁸⁵ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La Responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Ed. Temis 2000. pp. 49.

²⁸⁶ Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *DERECHO ADMINISTRATIVO General y colombiano*. Editorial Temis Bogotá, 2005. pp. 480. Cita el autor en su pie de página, la sentencia de la Corte Constitucional C-333/96 y las sentencias del Consejo de Estado IJ-001 del 25 de agosto de 1998 y IJ-002 del 8 de septiembre de 1998, las cuales se han comentado y citado en este trabajo.

inconstitucionalmente, como sucede en la práctica a veces, y esa actuación configurará por sí misma una falla del servicio legislativo.

...En la práctica pueden darse muchos otros casos en que, a pesar de su carácter general, la Ley cause un daño especial, y, por consiguiente, viole el principio de igualdad ante las cargas públicas. Igualmente puede darse con mayor razón cuando la Ley sea de contenido particular, evento en que aunque excepcional puede darse en la práctica”.

Al Legislador no puede considerársele exento de responsabilidad en sus actuaciones, porque no ejerce soberanía (Constitución Política de Colombia, artículo 3); por tanto, está obligado a respetar la Constitución y por tratarse de una autoridad establecida legalmente, no está exonerada de responder por un daño causado (Constitución Política de Colombia, art. 90). Por consiguiente, a la actividad legislativa le es aplicable la teoría del daño antijurídico consagrada constitucionalmente, porque el acto de soberanía por excelencia es el acto constituyente y éste sólo lo ejerce el pueblo, que consiste fundamentalmente en adoptar una nueva constitución en sentido formal y material²⁸⁷.

Sobre la inconstitucionalidad de la ley, el Consejo de Estado²⁸⁸, al decidir un caso sobre la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que se encuentra regulado por la Constitución Política, en los artículos 357²⁸⁹ y 358, señaló:

“la Nación Colombiana es responsable por la mora en que incurrió al pagar al Municipio de Prado las sumas de \$22.400.000.00, el 16 de abril de 1996 -con un día de retardo- y \$6.260.000.00, el 28 de abril de 1997 -con trece días de retardo-, la primera correspondiente al reaforo realizado por el mayor valor de los ingresos corrientes percibidos durante el año 1995, y la segunda al último 10% del total de la participación de aquél en los ingresos corrientes de la Nación del año 1996”.

²⁸⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sent. C-1200, diciembre 9 de 2003. Exp. D-4615. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil.

²⁸⁸ Cfr. Consejo de Estado. Sent. 26 de septiembre de 2002. M. P. Dr. Alier Hernández. Exp. 1997-4458

²⁸⁹ El texto original de esta norma ha sido modificado por los actos legislativos 01 de 1995, artículo 1º, y 01 de 2001, artículo 3º.

Sirva este breve análisis para comprender que los daños generados como consecuencia de Leyes declaradas inconstitucionales, sólo los puede prevenir el Legislador, porque normalmente los vicios en la formación de la Ley, es la causa más frecuente para que se presente la declaratoria de inconstitucionalidad.

Puede suceder que se presente la anulación del acto administrativo derivado de la aplicación de una Ley declarada inconstitucional; sin embargo, no es la vía para evitar un daño derivado de la aplicación de una Ley que ha tenido vicios de constitucionalidad y como consecuencia de ello es apartada del Ordenamiento jurídico.

De manera que la Sentencia²⁹⁰ ofreció posibles criterios a tener en cuenta para resolver, considerándose que la falla del servicio en los casos de inconstitucionalidad de las Leyes es estructural y en este asunto se trata de describir el edificio tal y como es, y no de compararlo con un modelo ideal y, menos aún, de construir otro edificio²⁹¹. El cimiento del Estado de Derecho en Colombia, es la Constitución y si el proceso legislativo amenaza el edificio es evidente que quien debe asumir el papel de defensor de la Constitución²⁹², esto es la Corte Constitucional. Por otra parte y referente a la excepción de inconstitucionalidad, en los dos sistemas existentes (ex nunc-sin efectos retroactivos y ex tunc-con efectos retroactivos)²⁹³,

²⁹⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sent. 26 de septiembre de 2002. M. P. Dr. Alir Hernández. Exp. 1997-4458

²⁹¹ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C. 2000. pp. 21

²⁹² Cfr. Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Edit. Tecnos. 2da Edición Madrid. 1999. p3. “<Defensor de la Constitución> significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una <garantía> de la Constitución. Dado que esta es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la <violación> de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice la Constitución, sea por acción sea por omisión; esto último se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquéllos que deben cumplirla. Esto puede tener lugar de una manera inmediata o medita. La violación de una ley promulgada sobre la base de la Constitución, por ejemplo, es una violación constitucional medita, aún cuando el carácter legal del cumplimiento de la ley sea exigido por la Constitución...”

²⁹³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Ob. Cit. pp. 278-279. “Existen dos sistemas distintos, según que los efectos de las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de una Ley deban ser ex nunc o ex tunc, esto es, sin efectos retroactivos o con efectos retroactivos. El sistema austríaco-kelseniano, que rige en Austria, va por la primera opción; los otros, cuyo modelo inicial fue el temprano sistema americano de la judicial review of Legislation, hoy con más de dos siglos de tradición, son el modelo de la segunda, partiendo del principio de la contradicción con la Constitución y la Ley es un vicio originario de ésta que determina su invalidez”. El autor dice en nota de pie de página: “Vid. Mi libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 1983, 4ª reimpresión, Madrid 2001, pp. 121 y ss”.

podría tener una función preventiva para evitar un daño, impidiendo la aplicación de la Ley; pero en ningún caso tiene efectos compensatorios.

3.3. Responsabilidad del Estado, derivada de Decretos con fuerza de Ley declarados inconstitucionales

En Colombia, la actividad legislativa, posee un fundamento constitucional (Constitución Política de Colombia, artículos 150-10; 189-11 y 212 a 215), función que es distinta de la expedición de actos administrativos, los cuales han sido definidos: “como toda declaración unilateral de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a producir efectos en el mundo jurídico²⁹⁴. Así mismo, el control judicial para verificar si con ellos se ha causado un daño, se apoya en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁹⁵.

Hay quienes opinan que el soberano a veces no tiene buenas virtudes²⁹⁶, y presionado por las tensiones producidas por el establecimiento del Estado moderno, su concentración del poder²⁹⁷, hace que a través de las Leyes y de Decretos Leyes, se ocasionen perjuicios a uno o más miembros del conglomerado social.

En consecuencia, es posible que el Legislador olvide la esencia constitucional de su función, que es la garantía de un mínimo social, que cubra las necesidades humanas básicas²⁹⁸,

²⁹⁴ Cfr. SANTOFIMIO G., Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. T-II. Universidad Externado de Colombia*, 3ª. Edición. 1998. pp. 438.

²⁹⁵ Cfr. Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.*

²⁹⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001, pp. 90.

²⁹⁷ Cfr. FRIEDRICH, Carl, Joachim, *La Filosofía del Derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 164.

²⁹⁸ Cfr. RAWLS, John. *La Justicia como equidad. Una reformulación*. Editorial Paidós Ibérica S.A. España 2001, pp. 216.

habida cuenta que quien considere el punto de vista propio o el de su grupo y partido como el único y verdadero no puede ser demócrata²⁹⁹.

Normalmente, el hombre es por naturaleza capaz de todo, sea para el bien o para el mal y los hombres especialmente se inclinan, según la opinión de Thomas Hobbes, a las mayores fechorías³⁰⁰, como ha venido sucediendo con ex congresistas y ex funcionarios del Estado ya condenados, por haber incurrido en conductas contrarias al Ordenamiento jurídico, que en cualquier caso, un primer problema que se plantea es saber en qué momento esta costumbre deja de ser muy común en Colombia.

A través de Decretos con fuerza de Ley, se pueden causar perjuicios³⁰¹, que la doctrina nacional con apoyo extranjero denominó, el ejecutivo Legislador³⁰², figura conocida a través de las facultades extraordinarias (Constitución Política de Colombia, artículo 150-10).

En los casos en que se presentan situaciones de urgencia o emergencia resulta inadecuado esperar a la expedición de una Ley, para solucionar emergencias, por esta razón la Constitución autoriza al ejecutivo para que actúe expidiendo también normas generales³⁰³ (Constitución Política de Colombia, artículos 212 a 215).

El Consejo de Estado al analizar el auto de mayo 15 de 2003, consideró que sí es posible, que los daños producidos por Decretos con fuerza de Ley, pudieran ser reclamados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²⁹⁹ Cfr. KAUFMAN, Artur. *Filosofía del Derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2002. pp. 518.

³⁰⁰ Cfr. HOFMANN, Hasso. *Filosofía del Derecho y del Estado*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2002, pp. 161.

³⁰¹ Cfr. Consejo de Estado. Auto de mayo 15 de 2003. Exp. 2002-1912. M. P. Alíer Hernández E.

³⁰² Cfr. VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Edit. Legis. 1999. pp. 136-137

³⁰³ *Ibíd.* pp. 136.

La providencia de la Sección Tercera³⁰⁴, resaltó que según el demandante los Decretos con fuerza de Ley 1064 y 1065 de 26 de junio de 1999 fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 918 de 1999.

Para el apoderado de la parte actora, éste es un caso de falla del servicio consistente en “el hecho de que el señor Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública produjeron de manera absolutamente ilegal y con perjuicio para (los actores), los Decretos con fuerza de Ley 1064 y 1065 del 26 de Junio de 1999, en donde se ordenó la disolución y liquidación de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.S. HOY EN LIQUIDACIÓN, laboraba para entonces el señor BERNARDO VILLALBA LAYTON, y por el cual (sic) se declaró terminado su contrato indefinido de trabajo; normas que fueron declaradas inexequibles por la Honorable Corte Constitucional a partir de su promulgación, en la sentencia C- 918/99...”

Según el actor, teniendo como base la sentencia de constitucionalidad, es evidente que se causó un daño antijurídico a los actores y que, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución el Estado debe responder patrimonialmente por él en tanto le es imputable³⁰⁵.

³⁰⁴ Cfr. Consejo de Estado. Auto de mayo 15 de 2003. Exp. 2002-1912. M. P. Alíer Hernández E.

³⁰⁵ *Ibíd.* “La fuente del daño aducido por el actor y sus mecanismos de control judicial tal como lo reconoció el a quo, del planteamiento de los hechos que formula el demandante se colige que el origen del daño aducido es la expedición ilegal de los Decretos 1064 y 1065 del 26 de junio de 1999. Sin embargo, por la propia naturaleza de tales decretos no se puede sostener, sin más, que son susceptibles de ser controlados por medio de acciones contencioso administrativas. Los decretos mencionados, son decretos leyes. El 1064 proferido en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente mediante la ley 489 de 1998, y el 1065, es de aquéllos llamados por la jurisprudencia “mixtos” por contener unas disposiciones proferidas por el Presidente en desarrollo de competencias extraordinarias otorgadas por el legislador y otras en desarrollo de sus facultades constitucionales ordinarias.. Concluyó, entonces, que: “Si el juez de constitucionalidad, ante un decreto expresamente catalogado por el propio Presidente de la República como “decreto ley” (art. 150-10 C.P.), -so pretexto de entrar en un análisis material sobre su naturaleza, diseccionando su articulado para encontrar en él unos preceptos legislativos y otros administrativos- pusiese en tela de juicio la misma facultad que el Jefe del Estado dijo ejercer, podría también, frente a un decreto reglamentario, discutir si sus normas, pese al encabezamiento, tendrían sustancialmente naturaleza legislativa y, por tanto, admitir demandas contra ellos y entrar a conocer sobre su constitucionalidad, desplazando al Consejo de Estado, con lo cual se desencajaría el sistema previsto en la Carta sobre el control de constitucionalidad y la distribución de competencias que el Ordenamiento Fundamental, directamente, ha efectuado. Es evidente que el decreto ley es uno sólo y que, no obstante la posibilidad de que se encuentren en él normas que podrían haberse puesto en vigencia con apoyo en competencias presidenciales propias, o en atribuciones administrativas, o en normas diferentes a la del artículo 150-10 de la Carta Política, su naturaleza de tal, por la superioridad de la jerarquía que le corresponde, subsume todas esas disposiciones y unifica la competencia para resolver sobre su exequibilidad en cabeza de la Corte Constitucional. En otros términos, el contenido legislativo de un decreto dictado con fundamento en

Se trató de la reparación de los daños derivados de actos con rango de Ley, en los que el juez administrativo explicó los postulados, utilizados en el concreto tratamiento de la institución resarcitoria. La actividad legislativa que ejerce el Presidente de la República, normalmente no es materia de estudio, porque cuando hablamos del Legislador generalmente nos referimos al Congreso, olvidando que el Presidente, también ejerce dicha función, expresando argumentos de autoridad, que no pueden dejar de ser materia de reflexión en torno al problema de la responsabilidad del Estado legislador.

La resarcibilidad de los daños derivados de conductas reprochables, no pueden tener un efecto distinto que la compensación, lo que da lugar a que quien imponga un sacrificio y este fuere el producto de la actividad legislativa, dentro del marco de la teoría general del daño antijurídico (Constitución Política, artículo 90), carece de inmunidad patrimonial y permite que los ciudadanos obtengan una reparación por los daños causados por la función legislativa del Estado.

Así que, la postura dominante en el Derecho colombiano, es la que conduce al resarcimiento integral de todo daño relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (Congreso y Presidente de la República). Para llegar al momento actual, el Consejo de Estado esperó desde 1911 cuando Duguit presentó su postulado, para que la teoría de la responsabilidad del Legislador haya alcanzando a los perjudicados, admitiendo que la actividad legislativa carece de inmunidad ante una eventual responsabilidad patrimonial del Estado legislador, situación que obliga a que se corrija la no pocas veces frecuente deficiencia en la técnica legislativa, que utilizan el Presidente de La República y el Congreso en la elaboración de las Leyes, lo cual se traduce en que todas las autoridades deben respetar los límites que la Constitución establece.

En relación con la función legislativa ejercida por el Presidente de La República, en la que justamente se causaron daños, derivados a su vez de una actuación del Congreso, como fue la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 120 de la ley 489 de 1998, la cual contenía

facultades extraordinarias atrae e incorpora las reglas que -consideradas de manera aislada- pudieran clasificarse como administrativas, por lo cual no hay posibilidad de que ellas se puedan desglosar para los fines de su examen constitucional o con el objeto de sustraerlas del control a cargo de esta Corporación”.

facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República³⁰⁶; siendo adecuada como vía de reclamación la acción de reparación directa³⁰⁷, a partir del 2 de julio de 2012, control de reparación directa³⁰⁸. Como consecuencia entonces, de los daños ocasionados con la expedición de un Decreto – Ley, que posteriormente sea declarado inexecutable con efectos retroactivos (ex tunc), es posible que quien resulte perjudicado busque la declaratoria de responsabilidad por parte del Estado legislador, demostrando el daño, cuyo título jurídico de imputación

³⁰⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-918 de 1999. “Los decretos leyes 1064 y 1065 de 1999, fueron expedidos por el Presidente de la República con fundamento en las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998. Como el indicado precepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999 (M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz), “a partir de la fecha de la promulgación de la Ley 489 de 1998” (es decir, desde el 29 de diciembre de 1998, Diario Oficial N° 43458), y los decretos objeto de demanda lo fueron el 26 de junio de 1999, es evidente que, cuando se dictaron, el Presidente de la República carecía por completo de facultades constitucionales para expedir normas con fuerza de ley (artículo 150, numeral 10, de la Constitución). En efecto, por virtud de lo fallado, para el momento en que los aludidos decretos fueron puestos en vigencia, puede entenderse que no existía la norma habilitante y, por tanto, el Jefe del Estado no gozaba de la investidura legislativa extraordinaria. Habiendo proferido esa decisión, que hizo tránsito a cosa juzgada, las normas que generaron el perjuicio aducido por el actor fueron declaradas inexecutables y sacadas del ordenamiento jurídico. Ninguna otra acción podría haberse intentado para cuestionar su legalidad, pues, como se deriva de la sentencia de la Corte la inexecutable de las mismas se derivó de la inexistencia absoluta de competencia para proferirlas por la inconstitucionalidad de la ley que autorizaba su expedición. En consecuencia, la cosa juzgada material operó respecto de los decretos en cuestión con un alcance tal que, -ni siquiera admitiendo la procedencia de un control dual sobre aquél que contenía normas de naturaleza administrativa-, es improcedente cualquier nuevo pronunciamiento sobre su juridicidad”.

³⁰⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Auto de 15 de mayo de 2003. M.P. Dr. Alirio Eduardo Hernández Enríquez. Exp. No. 23.245. Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXII, Agosto de 2003. p 1476-1478. A manera de conclusión, señala: “La elección de la acción de reparación directa fue adecuada, pues, como se desprende de lo dicho y de acuerdo con la narración de los hechos, que motivaron la demanda, una falla en la función legislativa (ordinaria y extraordinaria) generó los perjuicios aducidos por el actor. Los efectos materiales causados por los actos declarados inexecutables por la Corte, podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, tal inexecutable no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía.

En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por eso la demanda no podía ser rechazada”

³⁰⁸ Cfr. Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

debiera ser la falla del servicio. La falla en la función legislativa³⁰⁹, fué reconocida abiertamente por el Consejo de Estado al señalar que las normas que generaron el perjuicio aducido por el actor fueron declaradas inexecutable y sacadas del Ordenamiento jurídico.

Asunto diferente, es un cambio constitucional, cuestión sobre la que no procede la responsabilidad legislativa, como lo precisó el Consejo de Estado³¹⁰:

“En el presente caso, la situación jurídica que aduce el demandante se consolidó bajo la Constitución anterior (art. 217 de la Constitución de 1886), pero la misma no fue reconocida por el Constituyente de 1991, que tampoco previó derecho alguno a la indemnización para los magistrados del Tribunal Disciplinario, por los daños que sufrieron en razón de la supresión de este organismo.”

3.4. Funciones de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia

Para comprender este tema, es necesario tener en cuenta que según lo previsto en el Ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad tiene dos funciones generales:

En primer lugar, la preventiva³¹¹, que cumplen varias de las acciones actualmente previstas en la Constitución Política de Colombia para proteger los derechos de los ciudadanos, por ejemplo la acción de tutela (Constitución Política de Colombia, artículo 86), las acciones populares (Constitución Política de Colombia, artículo 88-Ley 472 de 1998) y la acción de cumplimiento (Constitución Política de Colombia, artículo 87-Ley 393 de 1997).

³⁰⁹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Auto de 15 de mayo de 2003. M.P. Dr. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Exp. No. 23.245. Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XXXII, Agosto de 2003. p 1476-1478. A manera de conclusión, señala: “La elección de la acción de reparación directa fue adecuada, pues, como se desprende de lo dicho y de acuerdo con la narración de los hechos, que motivaron la demanda, una falla en la función legislativa (ordinaria y extraordinaria) generó los perjuicios aducidos por el actor.

Los efectos materiales causados por los actos declarados inexecutable por la Corte, podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, tal inexecutable no obliga al reconocimiento de lo pedido por el demandante, pues debe haber claridad, al menos, sobre su ocurrencia y cuantía.

En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por la aplicación de una norma que ha sido declarada inexecutable, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por eso la demanda no podía ser rechazada”

³¹⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 20 de mayo de 2004. Exp. No. 3314. Consejera Ponente Dra. María Noemí Hernández Pinzón. Jurisprudencia y doctrina, Julio de 2004. Tomo XXXIII No. 391 p 1086.

³¹¹ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Ob. Cit. pp. 190.

Basta sólo observar el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998, dispuso: “Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

En segundo término encontramos la función reparadora, que se apoya en la teoría de daño antijurídico previsto en el artículo 90 de la Constitución y como ejemplo tenemos la acción de grupo consagrada en el artículo 88 ibídem y la Ley 472 de 1998. Se hace efectiva a través del control de reparación directa, contemplado en el artículo 140 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

A nivel local, las finalidades preventiva y reparadora³¹², permiten que el ciudadano se percate de la importancia de prevenir, porque sencillamente prevenir es menos costoso que reparar, no sólo para el ciudadano del común, también lo es y aún en mayor grado para el Estado. En ese mismo sentido se expresa el Código Civil sobre el daño contingente³¹³.

3.4.1. Reflexiones al presente capítulo

El hecho de ocuparnos de este tema en Colombia, surgió de la forma tardía y súbita como la Sección tercera del Consejo de Estado, comenzó a declararla en el año de 1998, como consecuencia de Leyes expedidas por el Congreso, sin precedentes en casi un siglo de jurisprudencia contencioso-administrativa, con ejemplos citados del Derecho comparado, particularmente de Francia, cuyo Consejo de Estado, ha venido ocupando un lugar de preeminencia en el desarrollo del Derecho Administrativo como inventor del sistema de protección procesal como consecuencia de la expedición de Leyes que de algún modo puedan llegar a causar un daño.

³¹² Cfr. Código de Policía de Bogotá D.C. Acuerdo 79 de 2003. “Art. 7. Comportamientos que favorecen la convivencia ciudadana. Los comportamientos que favorecen la convivencia ciudadana, establecidos en algunas disposiciones de este libro, tienen una finalidad pedagógica, preventiva y reparadora, y deben ser observados por todas las personas en el Distrito Capital de Bogotá. Sólo en caso de inobservancia, darán lugar a la aplicación de las medidas correctivas pertinentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Libro Tercero, Título III de este Código”.

³¹³ Cfr. Código Civil Colombiano. “Art. 2359.-Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

Una responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de haber dictado el Legislador Leyes que luego sean declaradas exequibles o se derive un daño de su aplicación, cuando las mismas estén conformes a la Constitución, en Colombia es poco frecuente.

La muy excepcional jurisprudencia nacional, ha excluido que la doctrina de la responsabilidad del Legislador se fundamente en la falla del servicio. Muy diferente, es la normativa para los casos en que la propia Constitución ha previsto un sistema de compensación de las consecuencias eventualmente dañosas, como ocurre con la expropiación³¹⁴, los monopolios rentísticos³¹⁵ y los servicios públicos³¹⁶.

³¹⁴ Cfr. ARTICULO 58. *Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. el nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. Texto original. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (parte eliminada) Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.(parte eliminada)*

³¹⁵ Cfr. ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

³¹⁶ Cfr. ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la

Nada, pues, distinto pretendemos mostrar para explicar que en Colombia muy poco terreno hemos recorrido, desde la tesis formulada por Duguit, que comenzó en Francia con La Fleurette. De modo que, lo que pretendemos es que nuestro Consejo de Estado vaya más allá, buscando que la tesis indemnizatoria derivada de acciones y omisiones del Legislador, para los casos futuros se decida aplicando el principio de la falla del servicio, así como el de la confianza legítima.

Esta tarea, no busca que unos se sorprendan y otros aplaudan, solo intentamos una exposición que refleja la realidad colombiana. Anhelamos una regulación autónoma, en la que se descubran casos concretos y se lleven al juez para que luego en sus pronunciamientos se exprese por parte del Consejo de Estado un criterio novedoso, no como lo plantea Botero Aristizabal³¹⁷, quien incurre en yerros tan graves como querer equiparar el Derecho Comunitario europeo, con acuerdos regionales en América latina, que no guardan, ninguna similitud con el europeo, que es el único en el mundo en su género. No puede una persona que se cree doctrinante de altas calidades provocar situaciones objetivamente confusas, sin presentar su nueva teoría, lo cual solo contribuye a una petrificación del Derecho, porque con posterioridad a las Sentencias que en este capítulo hemos citado, no se han conocido nuevas decisiones judiciales que apliquen la tesis indemnizatoria derivada de la actividad legislativa, es decir muy poco se ha adelantado en la innovación del asunto en nuestro sistema jurídico.

Aquí, en efecto, el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, no ha sido estudiado en todos los casos, de conformidad con los principios de la falla del servicio y de la confianza legítima, es decir que el argumento de nuestro Consejo de Estado, ha sido poco generoso y muy limitativo a la materia; en tanto que, la doctrina se ha quedado estática, más petrificada quizá, que la jurisprudencia y desde ese marco sólo observamos en el Derecho colombiano la reproducción textual de lo ocurrido en Francia, muy poco de lo que ha

regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

³¹⁷ Cfr. BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del Legislador*. Edit. Legis, 2007. pp. 318.

acontecido en España y nada acerca del futuro de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en Colombia.

Cada día que pasa se observa con mayor frecuencia como inequívocamente se siguen ocasionando daños por actos de naturaleza normativa, es decir que nos parece oportuno estudiar el tema de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos, sin que el Derecho se quede expectante, sino que sea verdadero protagonista en la transformación de la responsabilidad patrimonial. García de Enterría³¹⁸, citando a F. de Quevedo, dijo: “*No he de callar, por más que con el dedo, /ya tocando la boca, ya la frente/ silencio avises o amenaces miedo*”.

Desde la perspectiva institucional claro está que el Legislador colombiano no va a responder patrimonialmente por el trámite fallido de la “reforma a la justicia”, que él mismo tuvo que archivar el 28 de junio de 2012 y que ocasionó una grave lesión al patrimonio público, asunto que merece especial atención, por la participación que tuvieron en esa decisión integrantes de las tres Ramas del Poder.

No habrá sanciones, porque la cobertura legislativa existente precisa a no responder patrimonialmente y por si fuera poco, tampoco se puede graduar la responsabilidad en forma individual; quedando demostrada la carencia de un procedimiento sancionador específico y, por ende, los sujetos supuestamente infractores (congresistas que votaron la aprobación de la reforma, Gobierno y los magistrados que la discutieron), se burlaron de los principios de legalidad y tipicidad, aplicables a todos los demás servidores públicos de inferior jerarquía y ciudadanos del común. Todas estas medidas son propias del Derecho Administrativo Sancionador.

La frustrada reforma queda para la historia como una oportunidad perdida, sin nada para destacar positivamente y sí mucho de negativo, tanto, que es la primera vez en Colombia, que el daño derivado de la actividad legislativa (patrimonial e institucional), se origina en el

³¹⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*. Ob. Cit. pp. 48. Citando a F. de QUEVEDO, *Obra poética*, ed., de J.M. Blecua, Tomo I, Madrid, 1969, pp. .. 294 y ss.

Congreso, con la vigilancia y aprobación del Gobierno y con el beneplácito de un sector del Poder Judicial; con alcance general, porque todos ellos quisieron aprobar un Acto Legislativo conciliando la pluralidad de sus propios intereses, en detrimento del interés general, sin ofrecer soluciones concretas los problemas que aquejan a la Administración de justicia y archivando el deshonroso resultado, vulnerando la Constitución. De modo que según el Ordenamiento jurídico colombiano, una vez surtido el trámite constitucional de un Acto Legislativo, es improcedente proceder a su archivo en sesiones extraordinarias del Congreso por convocatoria del Presidente de la República.

La cuestión que por tanto podría discutirse es hasta que punto semejante intervención presidencial no buscó el cumplimiento estricto de la Constitución, sino constituir un exceso de limitación contrario a la propia naturaleza de la función legislativa. Desde esta óptica entendemos que en Colombia requerimos de unos estándares que establezcan un control para la actividad legislativa, supuesto que actualmente no existe, por la carencia de una normativa específica para el asunto.

Capítulo IV

4. La formación del sistema de responsabilidad

Cuando nos propusimos estudiar el tema de la responsabilidad con las implicaciones que han tenido las Leyes en Colombia, pretendimos hacerlo desde la óptica del Derecho Administrativo. Es normal encontrarse con aquéllos principios que con el paso de los años parecen incontrolables por la jurisprudencia.

El Legislador hace lo que quiere con las Leyes que aprueba y va a seguir haciéndolo, porque está suficientemente protegido por la Constitución Nacional.

La principal motivación para llevar a cabo este estudio, no ha sido otra que la que impone la realidad: el Legislador colombiano, sigue causando daños en ejercicio de su actividad legislativa, con escasa iniciativa del Gobierno y ausencia del Poder Judicial, que tras el interés ciudadano por conocer la opinión del juez frente a una controversia derivada de un daño ocasionado por la actividad legislativa, se pronunciara con rigurosidad, a fin de que los daños unas veces derivados de la actividad legislativa del Congreso y otras del Presidente, pudieran evitarse.

Uno de los retos pendientes en cualquier sistema de responsabilidad, consiste en que los daños que tengan su origen en actuaciones estatales más allá de la posición que ocupe la autoridad dentro del Estado, debe responder, porque el Estado es uno, (legislador, administrador y juez), por tanto debe indemnizar los perjuicios que se deriven de sus actuaciones, a fin de que el desarrollo de la vida de la población, se garantice como es normal en un Estado de Derecho.

Se trata pues, de analizar a través de los principios que tradicionalmente se han venido aplicando por parte de los jueces, en el tema de la responsabilidad legislativa, si estos constituyen o no un interés público o si se requiere más bien que se realice un paralelo, entre lo que ha sido hasta hoy la responsabilidad legislativa y los retos y características más sobresalientes hacia el futuro, para que exista una política pública que responda al deterioro de la imagen del Legislador, que afecta al Estado de Derecho, pues la realidad de dejar fuera del Ordenamiento jurídico las respuestas a los actuales problemas que padece Colombia, genera un escepticismo frente al que ya se clama socialmente, porque la sensación es que las Leyes se aprueban para favorecer a grupos minúsculos de ciudadanos, generando pocas esperanzas para la mayoría de la población, sin control de quien cometa arbitrariedades, que alejan cada día el estado de bienestar que contempla el artículo 1 de la Constitución de 1991.

Las últimas tendencias en el análisis de la responsabilidad del Estado legislador, dan cuenta de la necesidad de que formemos un pensamiento renovador que exija al Legislador que juegue un papel determinante en los procesos de formación de las Leyes; así mismo que exijamos a los jueces celeridad con eficiencia en sus decisiones, las cuales deberán responder prontamente a la solución de los daños a quien haya sido o esté siendo afectado con una normativa.

Claro está, que el asunto es realmente complejo, porque requiere la intervención decidida de toda la sociedad en la designación de los dirigentes, premiando en todo momento la transparencia y la moralidad, principios actualmente vigentes en el Ordenamiento jurídico colombiano. Es legítimo reconocer que la respuesta actual a los problemas de Colombia por parte del Legislador, constituye una omisión y elusión de sus deberes.

Conforme a los resultados, la aprobación de una Ley, depende de la valoración que el Legislador le dé a los intereses generales, con una mirada desigual frente a las necesidades de la población menos favorecida; con esta realidad, no es igual el tratamiento del infractor de la Ley, dependiendo si es alto funcionario o no quien la vulnera, es decir se está dando un trato desigual, cuyo resultado es una fragmentación legislativa que el ciudadano observa como una poderosa arbitrariedad, generando una tendencia diametralmente opuesta a la hora de legislar.

Un sistema de responsabilidad, debe tener respuestas prontas a través de sentencias que sean el resultado de un juicio personalísimo y razonable, sobre el cual nada ni nadie deba influir y menos intervenir sobre él. El problema se deriva en el hecho de que en la práctica no existen unos límites entre los tres Poderes, que estando entrelazados entre sí, nadie sabe hasta dónde va la independencia que debieran observar en sus decisiones. Por ejemplo, el Senado elige a los magistrados de la Corte Constitucional³¹⁹, y si ese Congreso pertenece al partido político mayoritario que triunfó en las elecciones, pues quien va a terminar siendo elegido magistrado va a ser un amigo del Gobierno de turno, porque se elige de una terna y uno de los miembros de la terna es designado por el Presidente de la República que normalmente es el que resulta elegido, es decir ¿qué independencia va a tener ese magistrado frente al Gobierno y al Senado que lo eligió? y como esos vicios están consignados en la Constitución, los anhelos de un gran número de ciudadanos de esperar que un sistema de responsabilidad responda en forma concreta a los desafíos del tiempo presente, están lejos de ser una realidad.

4.1. Los principios que originan la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en Colombia

4.1.1. Principio de igualdad ante las cargas públicas

Consagrado prácticamente en todas las Constituciones³²⁰, ha sido el fundamento comúnmente aducido a favor de la obligación del Estado de indemnizar los daños derivados de la aplicación de una Ley. Si una Ley impone a una serie de personas un sacrificio patrimonial, hay que suponer –aunque sea mucho suponer– que el pueblo soberano, a través de sus representantes, lo ha impuesto en beneficio de la Comunidad.

³¹⁹ Cfr. *DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. ARTICULO 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.*

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

³²⁰ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob, cit, pp. 62.

Luego si es la Comunidad, toda la Comunidad, la beneficiaria de los resultados obtenidos por la aplicación de la Ley que ocasiona unos daños; se preguntó González Pérez³²¹: ¿por qué estos daños van a ser soportados solamente por algunos ciudadanos y no por la generalidad a través del sistema tributario?.

En este principio radica el fundamento de la responsabilidad patrimonial de los entes públicos y, en general, de la institución expropiatoria. Sirve también de fundamento a la indemnización a que todos tienen derecho cuando la Administración o el propio Legislador le despojan de sus bienes y derechos por causa de utilidad pública o interés social. El mismo principio exige –al igual que la expropiación- la reparación patrimonial del daño sufrido por unos en beneficio de los demás³²².

La extensión de la responsabilidad objetiva podrá ser criticable por no ser asumible la carga que conlleva, pudiendo calificarse de utópico el sistema. Pero para limitarla a sus justos términos no parece adecuado negar aplicación al principio de igualdad ante las cargas públicas cuando los daños que ocasiona la actuación de la Administración, en beneficio de todos no han sido queridos³²³.

En Colombia, nace como la teoría del daño especial, la cual fue incorporada a la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1947³²⁴. “La teoría, calificada de original, que fundamenta la responsabilidad del Estado en el daño especial, no es sino una derivación de la primitiva teoría de DUGUIT, quien se refirió con más propiedad a las cargas excepcionales, al perjuicio particular que es lo mismo que el daño especial. Michaud, uno de sus mantenedores, afirmó que: “el daño producido por la Administración no da lugar a reparación sino en el caso en que sea anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La Administración tiene el derecho de imponer este sacrificio especial - como gestor supremo del interés público- pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas³²⁵”.

³²¹ *Ibíd.*

³²² *Ibíd.*

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia de 29 de julio de 1947, Actor: El Siglo S.A. C.P. Dr. Gustavo A. Valbuena.

³²⁵ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro; Ob, Cit, pp. 432. Citando a SARRIA Eustorgio, et, all, Derecho Administrativo Colombiano, Bogotá, Pequeño foro, pp. 264.

Para que el daño sea reparado al presentarse la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, el administrado tendrá derecho a ser indemnizado si prueba haber sufrido un daño anormal y especial.

4.1.1.1. La anormalidad del daño

Por anormalidad del daño hay que entender la gravedad que excede las molestias e incomodidades que impone la convivencia social. Esta condición es la traducción obligada de que no hay carga pública sino cuando quien reclama una compensación ha sufrido una suerte más desfavorable que la que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. La anormalidad constituye un standard que el juez usa con mucha libertad y que remite ampliamente a la intensidad del daño. Ella supone que ha superado cierto nivel de gravedad³²⁶.

Existen daños anormales por definición, como los ocasionados a la integridad física y los materiales que afecten bienes inmuebles o vehículos. Se trajo como ejemplo el fallo Navarra³²⁷, en el cual el Consejo de Estado francés admitió que el perjuicio provocado por la implantación al lado de la propiedad del demandante, de construcciones irregulares es totalmente anormal aunque el monto es limitado (5.000 fr.) y su medida subjetiva. Saavedra Becerra, citando a Paillet, expresó: “...el hecho de que ciertos perjuicios no se consideren jamás como anormales, se basa en otras consideraciones, como pueden ser las que verifican la existencia de un riesgo deliberadamente aceptado por el demandante o la naturaleza de la medida controvertida³²⁸”.

4.1.1.2. La especialidad del daño

La especialidad del daño, es una noción cuantitativa, que no es objeto de una definición muy estricta. En principio, el daño es especial cuando es sufrido por una persona o por un grupo de personas determinable³²⁹; trae un ejemplo dado por Ortiz Álvarez: “... cuando los

³²⁶ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro; *Ob. Cit.*, pp. 433.

³²⁷ *Ibid.* pp. 433. Cita C. E. 20 de marzo de 1974, *Rec. CE*, p200.

³²⁸ *Ibid.*, pp. 433 y 434.

³²⁹ *Ibid.*, pp. 434.

afectados por una acción administrativa, sean los habitantes de un barrio o de una urbanización³³⁰”.

En esta memoria se mencionó el fallo Bovero, de enero 25 de 1963, del Consejo de Estado francés, en el que se reconoció un perjuicio especial al propietario de un apartamento ocupado por la familia de un militar de servicio en el norte de África durante la guerra de Argelia, contra la que había obtenido una orden de desahucio que quedó sin efecto por una ordenanza con rango de Ley que, a instancias del estamento militar destacado en Argelia, prohibía expulsar de sus alojamientos a los parientes de quienes sirven en ese territorio, en plena guerra de independencia. Esta decisión resultó no solo la vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas, sino y sobre todo, la formulación general de la teoría del Estado legislador³³¹.

Acerca de este tema que ha constituido materia de análisis en algunas legislaciones, Alonso García señaló³³²: “el nacimiento de la obligación reparatoria se conecta con la teoría de la igualdad ante las cargas públicas. El deber de soportar el daño que comporta la acción normadora quiebra ante la imposición de un sacrificio especial a un sujeto determinado en beneficio de toda la colectividad”.

En Colombia, el Consejo de Estado, ha aplicado este principio en varias providencias, entre las cuales tenemos: La que decidió el proceso del diario el Siglo³³³; la que resolvió el caso sobre los perjuicios causados a la señora Vitalia Duarte Viuda de Pinilla, como consecuencia de la acción armada ejercida para la captura de un guerrillero³³⁴; la que condenó por los perjuicios causados a los propietarios de los inmuebles aledaños al puente de la calle 53, en el Barrio Sears, de Bogotá³³⁵. Estos son una muestra, de los fallos que han sido

³³⁰ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro; *Ob. Cit.*, pp. 434, citando a ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A. *La responsabilidad Patrimonial de La Administración Pública*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1995.

³³¹ *Ibíd.* pp. 446.

³³² Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislator*. Editorial Marcel Pons. Madrid. 1999. pp. 21-22.

³³³ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia 29 de julio de 1947. Actor EL SIGLO S.A. M.P. Dr. Gustavo A. Valbuena.

³³⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia 23 de mayo de 1973. Actor Vitalia Duarte Viuda de Pinilla. M.P. Dr. Alfonso Castilla Saiz.

³³⁵ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia 3 de mayo de 1990. Actor Bernardo Méndez B. M. P. Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

proferidos con fundamento en el daño especial, que como se ha dejado expresado debe ser singular y anormal, para que según el Consejo de Estado se vulnere el principio de igualdad ante las cargas públicas, que es hoy día el fundamento de la responsabilidad legislativa sin falta, en la medida en que un ciudadano no se encuentra obligado a soportar una carga que resulta desigual frente a todo el conglomerado social. De manera que, a pesar de la legalidad de una actuación, a veces el Estado debe responder por los daños causados por una actividad completamente legítima³³⁶.

4.1.2. Principio de la falla del servicio

La falla del servicio es un mal funcionamiento por el incumplimiento de una obligación, ya sea total o parcial, o lo que es lo mismo, omisión absoluta u omisión relativa, cuando la Administración se ha abstenido parcial o totalmente de actuar.

El Consejo de Estado³³⁷, al impartir una condena al Estado por el accidente de un bus, dijo: “es imputable a la Administración, en primer término por mal funcionamiento del servicio a su cargo, debido a descuido imprevisión y mora para remover el obstáculo creado días antes, y en segundo lugar por no adoptar medidas efectivas de prevención de desastres, y en tercer lugar por falta de señalización que evidenciara el peligro inminente sobre la ocurrencia del riesgo”. Este ejemplo nos presenta una falla negligente, como sinónimo de mal funcionamiento o funcionamiento anormal, la cual se concreta en una indemnización.

Acerca del principio de la falla del servicio³³⁸, se han dictado providencias sobre su

³³⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia 28 de octubre de 1976. M. P. Dr. Jorge Valencia Arango.

³³⁷ *Ibíd.* M. P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

³³⁸ El Dr. Ricardo Hoyos Duque. Precisa sobre el tema: “Es a partir del año 1989 cuando se consolida en forma definitiva y como principio la presunción de falla del servicio en relación con las siguientes actividades:

e) Daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio: sentencia del 3 de marzo de 1989 (Exp. No. 5290); sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. No. 3852); sentencia del 25 de octubre de 1991 (Exp. No. 6465).
f) Daños causados con armas de fuego: sentencia de 31 de julio de 1989 (Exp. No. 2852).
g) Daños causados con vehículos automotores: sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Exp. No. 4484).
h) Muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles: sentencia del 5 de marzo de 1991 (Exp. No. 6691).
Daños originados en la prestación de servicios médicos y hospitalarios: sentencias del 24 de octubre de 1990 (Exp. No. 5902) y 30 de julio de 1992 (Exp. No. 6987) “alcance Jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad, a partir de la Constitución Política de 1991” en la revista “Derechos y Valores de la U. Militar Nueva Granada - Julio – 2000”.

desenvolvimiento, sin embargo en materia de responsabilidad legislativa el Consejo de Estado ha guardado silencio. No obstante, el problema a resolver está en las múltiples interpretaciones que puede hacer el juez, por no existir un marco legal que indique unos criterios y parámetros previamente determinados, que requiere la participación funcional de las víctimas para que en el planteamiento de la demanda, le indiquen al juez una argumentación precisa, que responda con claridad al hecho de que esa acción u omisión del Legislador se derivó de una falla legislativa, como acaba de ocurrir con la ya archivada “reforma a la justicia”.

En la actividad legislativa, la falla del servicio se observa con claridad en las Leyes y Decretos Leyes declarados inconstitucionales. Por tanto, le corresponde al Legislador evitar un resultado dañoso al aplicar la Ley; es decir, el Legislador está obligado a elaborar Leyes bien hechas. Si la Ley causó un daño al ser declarada inconstitucional, se ha transgredido el Ordenamiento jurídico, surge entonces la falla del servicio legislativo.

En la actualidad no sólo se examinan los daños producidos por Leyes declaradas inconstitucionales, también lo son los casos en los que Leyes ajustadas a la Constitución ocasionen daños, el principio aplicable debe ser la falla del servicio, porque el servicio legislativo funcionó mal y ese funcionamiento deficiente justamente al no prever una determinada circunstancia, traslada el principio aplicable dejando de lado la igualdad ante las cargas públicas, pasando a la falla del servicio, porque si la función del Legislador es legislar y si lo hace mal, es porque ha fallado el servicio que debe prestar y ello trasladado al campo de la responsabilidad administrativa, debe llevarnos a un giro jurisprudencial y doctrinal, que permita concluir que en todo caso el trabajo del Legislador consiste en realizar una tarea de resultado, esto es aprobar Leyes que no causen daños.

Para Tamayo Jaramillo³³⁹, una falla puede ser exclusivamente física, material o instrumental sin ninguna connotación ética, moral o jurídica, lo que permite darle a la expresión falla de servicio un sentido menos ligado a esos conceptos y más próximo al de mal funcionamiento.

³³⁹ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La Responsabilidad del Estado, El Daño antijurídico (Constitución Política art. 90). El riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pp. 64.

El funcionamiento incorrecto del servicio por parte del Legislador, consiste en que ha funcionado mal, no ha funcionado o ha funcionado tardíamente. Ese disfuncionamiento legislativo, se contrapone a la expectativa legítima del elector en que las Leyes expedidas por el Congreso acaten los lineamientos constitucionales, porque además es una expectativa legítima de toda la población.

El mal funcionamiento comprende, el comportamiento ilegal de los congresistas, porque con él han causado materialmente un daño antijurídico, porque ellos deben ser ejemplo para toda la población, siendo también un elemento formativo y aquí es aplicable la expresión del Consejo de Estado³⁴⁰, “...hay falla del servicio cuando la acción o la omisión estatales causantes del perjuicio lo ha infringido, lejos de excluirse se complementan...”. El Congreso actúa elaborando la Ley, cuando el producto legislativo es defectuoso, ocurre una falla del servicio legislativo y si ello pasa, es porque ha omitido las directrices y parámetros que fija el Ordenamiento jurídico; no obstante que, en materia de responsabilidad legislativa existen bases legales endebles, se deben consagrar jurisprudencialmente todas las directrices indemnizatorias que hoy son básicas en un Estado de Derecho.

En la responsabilidad del Estado legislador, no se aplica el incumplimiento de las obligaciones de medio, que a manera de ejemplo podemos citar las obligaciones de los médicos, de los abogados y de quienes ejercen una profesión liberal. Así, el médico nunca se compromete a sanar al enfermo o el abogado jamás se obliga a triunfar en un proceso. A contrario sensu, el Congresista sí está obligado a acatar en las Leyes que aprueba, la Constitución, adoptando todas las previsiones que sean necesarias, es decir que cumple una función de resultado, como la que asume el transportista aéreo o el Estado respecto de la protección de las personas reclusas en instalaciones carcelarias³⁴¹.

El principio hasta aquí estudiado, será presentado en nuestra propuesta como el fundamento para delimitar todos los supuestos en los que es responsable el Estado colombiano derivados de la función legislativa.

³⁴⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 30 de marzo de 1990, Exp. 3510. M.P. Antonio José Irisarri Restrepo.

³⁴¹ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 22 de agosto de 1996, Exp. 10.726. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

4.1.3. Principio de confianza legítima

Este principio³⁴², surgió en el Derecho alemán, luego pasa al Derecho Comunitario europeo, posteriormente aplicado por el Tribunal Supremo español, como fundamento para obtener una responsabilidad patrimonial por Leyes formales. El principio de protección de la confianza legítima ha sido el título justificativo que aparece en algunas de las Sentencias que admiten la responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español. Los principios de buena fe y de confianza legítima, son también aplicables, cuando la situación de confianza ha sido generada por el Ordenamiento jurídico, frente a las innovaciones legislativas, en las que la comunidad ha expresado su confianza, aún así, al final resultan defraudados los intereses de esa comunidad.

Es fácil establecer una correlación entre el principio de confianza legítima y la seguridad jurídica que deben tener todas las personas, frente al Estado, en que sus derechos les son respetados en los términos en los que la Constitución establece. Una Ley formal, debe generar confianza en sus destinatarios en que sus preceptos serán acatados, por tanto, su no acatamiento o el obedecimiento parcial de la Ley es visto como una vulneración del Ordenamiento; no obstante en el instante en que esa Ley cause un daño, se menoscaba la confianza del ciudadano en el Estado de Derecho.

Así mismo, si existe una modificación legislativa que desproteja los derechos e intereses que los particulares tengan en el mantenimiento de una situación jurídica en particular, es decir, si se expide una Ley sólo con el ánimo de innovar, ese intento de innovación puede configurarse en una responsabilidad legislativa, si aquella innovación es arbitraria y echa por tierra el intento del Legislador de hacer aparecer la nueva Ley como protectora y se podría acudir al principio de la confianza legítima para fundamentar la responsabilidad del Estado por acto legislativo.

En este instante podría plantearse en el Derecho colombiano, que se analicen los perjuicios ocasionados por innovaciones legislativas que han dado lugar a situaciones en que

³⁴² Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. cit.* pp. 31.

el administrado, en virtud de aplicación de nuevas Leyes y confiando en ellas haya realizado inversiones cuantiosas esperando unas contraprestaciones de las que se verá privado por una nueva Ley y se reconoce por el Estado de Derecho, la garantía constitucional de que nadie podrá ser privado de sus derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización.

Hasta este instante en Colombia, no ha sido aplicado el principio de la protección de la confianza legítima como fundamento para declarar la responsabilidad del Estado por acto legislativo. Así que, es necesario examinar este criterio de singular interés con la observancia del principio de la buena fe en las relaciones entre las Leyes y sus destinatarios, la seguridad jurídica de ellos y el equilibrio de sus prestaciones. El principio de la buena fe, es un principio general de Derecho, que está consagrado en la Constitución de Colombia³⁴³ y debe ser el fundamento al Ordenamiento jurídico para la toma de decisiones. No todos los principios generales de Derecho están recogidos en las Constituciones, que suelen limitarse a aquellos que tienen cierto carácter político, sin recoger por lo general salvo excepciones los que se catalogan dentro del Derecho natural. Sin que ello suponga que éstos no operen y vinculen a todos los Poderes³⁴⁴.

Ahora, si del cambio legislativo se producen perjuicios cuantificables económicamente a quien actuó en la confianza que le daban ciertos actos de la Administración realizando unas importantes inversiones, el Estado, que es uno (Legislador, administrador y juez), indemnice los perjuicios que derivan directamente del cambio³⁴⁵ y añade que en definitiva, el fundamento último no es otro que el imperativo de la justicia, como es la reparación de toda situación

³⁴³ Cfr. *Constitución Política de Colombia*. Artículo 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

³⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *ob. cit.*, pp. 66.

³⁴⁵ *Ibid.* pp. 66; “citando el trabajo titulado *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Edit. Thomson/Civitas, 2004, pp 122 y ss. Resulta paradójico que, mientras GARRIDO FALLA –que tan apasionadamente defendió siempre la responsabilidad del Estado legislador-, era de los que ponía en tela de juicio la extensión de la responsabilidad a los supuestos de funcionamiento normal; mientras que GARCÍA DE ENTERRIA, defensor de la fórmula amplia de responsabilidad patrimonial de la Administración, la negará respecto del Estado legislador.

injusta sufrida por la víctima y lo expresa gráficamente citando a Soto Kloss, con estas palabras³⁴⁶:

“Todo daño –cualquiera que sea su naturaleza- significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto, sea este natural o jurídico, público o privado: esto es, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo, y suele ser norma constitucional que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de Ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el Legislador”, y mediando la correspondiente indemnización por el daño efectivamente causado, a la cual el expropiado tiene siempre derecho.

Y la privación de lo suyo puede provenir ya de la acción o la omisión de un particular (natural o jurídico), ya de la acción o la omisión de una autoridad pública (sea legislativa, administrativa, controladora o judicial), y si ello es así, necesario es concluir, que el daño o perjuicio que sufre o ha sufrido un sujeto (natural o jurídico) con motivo o con ocasión de de una acción u omisión de una autoridad significa, implica o comporta un menoscabo, una lesión un detrimento, a su patrimonio, y puesto que nadie puede ser privado de lo suyo sin ser indemnizado, tal detrimento, tal lesión, tal menoscabo, debe ser reparado a quien lo ha sufrido por aquél que lo ha provocado”.

³⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 67. *La responsabilidad pública: enfoque político (en torno a la idea clásica de restitución)*, en “Responsabilidad del Estado” UNSTA, cit., pp. 41 y ss. En p.47 añade: “Responder en derecho es ser convocado a un tribunal asegurando el cumplimiento de una obligación de la que un sujeto (natural o jurídico, o público o privado) se ha constituido en garante para el futuro; responder en moral es dar cuenta de sus actos ya realizados y recibir el mérito o la sanción correspondiente.

En moral se atiende, pues, al autor del acto, que es el centro sobre el cual gira el problema de la responsabilidad moral; en derecho –donde se trata de un reparto o intercambio de cosas exteriores, que puedan ser repartidas o intercambiadas, reparto o intercambio de cosas exteriores, que puedan ser repartidas o intercambiadas, reparto o intercambio que tiende a asegurar un equilibrio, una cierta relación de igualdad (sea de equivalencia si se trata de sujetos equiordenados como en el caso de sujetos particulares, sea de proporción si se trata de sujetos supraordenados con respecto a otros, como en el caso de las relaciones Estado / ciudadanos)- el centro sobre el cual gira todo el problema de la responsabilidad jurídica es el daño producido en la víctima : habrá de atender, pues, básica y primordialmente, al daño, y a la víctima en su situación jurídica concreta en que se encuentra al momento de sufrir el perjuicio.

Esta es la base, el fundamento de donde habrá de partirse para estructurar el régimen concreto o sistema de reparación. Y estos regímenes habrán de ser diversos según las circunstancias concretas en que se desarrolla la actividad dañosa del Estado (legislador, juez, administrador), y sin que tenga que olvidarse ninguno de los distintos factores que pueden concurrir en la comisión del daño de que se trata”.

Definido en el artículo 3.1 de la Ley 4ª de 1999, en los siguientes términos: “Artículo 3. Principios Generales. 1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

Ha sido definido por la doctrina, como aquella confianza que ha depositado el lesionado en la inmutabilidad de las normas jurídicas³⁴⁷, es decir la confianza de los ciudadanos como incluida en la seguridad jurídica, pero relativa a la certeza del derecho y no a sus propios intereses particulares³⁴⁸, no obstante el Tribunal Supremo español³⁴⁹, se pronunció señalando que la responsabilidad patrimonial es exigible al Legislador en aplicación de los artículos 106 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de La Administración del Estado, en relación con el 2b, tema que también fue materia de estudio por parte de la Corte

³⁴⁷ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *Ob. cit.* pp. . 61.

³⁴⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. Cit.* pp. 31.

³⁴⁹ Cfr. ALONSO GARCÍA, María Consuelo. *Ob. cit.* pp. 55. “El Tribunal Supremo Español inicialmente acudió a la tesis de la violación del principio de la confianza legítima en las primeras ocasiones en las cuales condenó el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad del Legislador. Esto es lo que sucedió en el caso de las empresas pesqueras afectadas por la supresión de los cupos de pescado importado exentos del pago de derecho aduaneros tras el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas (Sentencias Pescanova³⁴⁹, Pebsa³⁴⁹ y Alvamar³⁴⁹) Los supuestos fácticos de las tres sentencias son idénticos: El Gobierno español dictó en el año 1976 un Real Decreto más tarde sustituido por el Real Decreto 830 de 1985 por medio de los cuales se reconocían importantes beneficios a los armadores nacionales que participaran en empresas pesqueras conjuntas constituidas entre personas jurídicas o naturales españolas y de terceros países. Entre estas ventajas figuraban la exención del pago de los derechos arancelarios y compensatorios variables del pescado capturado por los buques españoles vendidos por esas empresas. Las empresas pesqueras que luego demandaron, confiando en dichas disposiciones realizaron grandes inversiones promoviendo y participando en empresas de aquella naturaleza. El Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea, suscrito el 12 de junio de 1985 dispuso la eliminación, a lo largo de un período de siete años, de los beneficios concedidos a las empresas conjuntas.³⁴⁹, en el caso de propietarios de terrenos afectados por la declaración legal de áreas protegidas por interés ambiental (STS de 17 de febrero de 1998) Se trataba de una demanda interpuesta por propietarios de diversos inmuebles rurales a los cuales la Administración había aprobado planes parciales de desarrollo urbanístico pero posteriormente una Ley del Parlamento Balear declaró los terrenos áreas protegidas y prohibió cualquier construcción³⁴⁹, o en el caso de ciertas empresas dedicadas a la comercialización de productos derivados del petróleo afectados por una ley que establecía impuestos especiales sobre tales productos (sentencias de 8 y 9 de octubre de 1998) Nuevamente se trataba de una ley de un parlamento autonómico (en este caso el de Canarias) por medio de la cual se creaba un impuesto muy gravoso para las compañías petrolíferas³⁴⁹.

Constitucional de Colombia, al analizar la responsabilidad del Estado Legislador por violación del principio de la confianza legítima en el derecho español³⁵⁰.

García de Enterría³⁵¹ ha expresado: “a propósito de la responsabilidad del Estado legislador en cuanto autor de Leyes que han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Es éste, por cierto, a mi juicio, uno de los casos en que podría ser posible afirmar en hipótesis la existencia de una eventual responsabilidad patrimonial del Estado, aunque, según veremos, es menester depurar cuidadosamente las graves cuestiones que esa responsabilidad hipotética plantea”.

³⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038/06. “-4.2. El caso español: La responsabilidad del Estado-legislador por violación de principio de confianza legítima y la responsabilidad del estado por leyes inconstitucionales.

El Tribunal Supremo Español inicialmente acudió a la tesis de la violación del principio de la confianza legítima en las primeras ocasiones en las cuales condenó el resarcimiento de los perjuicios causados por la actividad del Legislador. Esto es lo que sucedió en el caso de las empresas pesqueras afectadas por la supresión de los cupos de pescado importado exentos del pago de derecho aduaneros tras el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas (Sentencias Pescanova³⁵⁰, Pebsa³⁵⁰ y Alvamar³⁵⁰)³⁵⁰, en el caso de propietarios de terrenos afectados por la declaración legal de áreas protegidas por interés ambiental (STS de 17 de febrero de 1998)³⁵⁰, o en el caso de ciertas empresas dedicadas a la comercialización de productos derivados del petróleo afectados por una ley que establecía impuestos especiales sobre tales productos (sentencias de 8 y 9 de octubre de 1998)³⁵⁰.

En las anteriores oportunidades, las decisiones judiciales se detienen en la indagación de la presencia de la acción de estímulo realizada por el Ejecutivo en orden a hacer sugestivas inversiones particulares como causa originaria de los posibles perjuicios. En el fundamento jurídico primero de la sentencia del caso Pescanova, el cual se reiteraría en las decisiones posteriores, se sostiene que tales inversiones fueron realizadas “en desarrollo de una verdadera acción de fomento), que estableció importantes beneficios, los cuales fueron efectivamente “prometidos”³⁵⁰.

Adicionalmente el Tribunal Supremo verifica que estén presentes los restantes requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para la configuración de la confianza legítima: apremio de los plazos transitorios, imposibilidad de resistir su embate y presencia de derechos o intereses adquiridos en el patrimonio perjudicado. De las anteriores decisiones ha resultado una línea jurisprudencial que se puede considerar consolidada, de conformidad con la cual, “no puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aún tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley” y por tanto que, “cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que puedan considerarse afectados por actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable”³⁵⁰. En todos estos casos lo esencial fue la prueba de que el perjudicado “no tenía el deber jurídico de soportar” el daño. En todos ellos los perjuicios a indemnizar procedían de leyes constitucionales³⁵⁰.

³⁵¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ob. cit. pp. 227.

La Corte Constitucional colombiana realizó un análisis comparativo de las doctrinas expuestas por el Tribunal Supremo español, para proceder a sacar exclusivamente sus propias conclusiones³⁵².

Como podemos observar, los razonamientos expresados, no dejan ningún margen de duda, sobre el sometimiento que el Legislador tiene hacia la Constitución y la Ley en un Estado de Derecho y en este sentido, su actuar no puede quedar excluido de indemnizar a quien cause daños.

Conviene poner de manifiesto el análisis realizado a una Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán por Checa González³⁵³:

“Y en la importante sentencia STC alemán 26/1961, de 19 de diciembre -calificada de modélica por GARCÍA-HERRERA BLANCO (1979-, se señaló que: “Entre los elementos fundamentales que configuran el Estado de Derecho hay que incluir la seguridad jurídica. El ciudadano ha de poder prever las posibles intervenciones del Estado con respecto a su persona para poderse preparar convenientemente de acuerdo con ello; ha de poder confiar en que su comportamiento, acorde con el Derecho vigente, seguirá siendo reconocido por el Ordenamiento jurídico con todos los efectos jurídicos que anteriormente se encontraban

³⁵² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038/06. M.P. Humberto Sierra Porto. “-De las anteriores decisiones ha resultado una línea jurisprudencial que se puede considerar consolidada, de conformidad con la cual, “no puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aún tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley” y por tanto que, “cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que puedan considerarse afectados por actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable”³⁵². En todos estos casos lo esencial fue la prueba de que el perjudicado “no tenía el deber jurídico de soportar” el daño. En todos ellos los perjuicios a indemnizar procedían de leyes constitucionales³⁵²..... “Ciertamente, el Poder Legislativo no está exento del sometimiento a la Constitución y sus actos -leyes- quedan bajo el imperio de tal norma suprema. En los casos donde la Ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar. Por tanto, la responsabilidad del Estado-legislador puede tener (...) origen en la inconstitucionalidad de la Ley. La responsabilidad patrimonial por actuación del órgano representativo tiene origen, entonces, en la vulneración de la Constitución, la cual dado su carácter de norma suprema, vincula al Legislador en su actuación. Este tipo de responsabilidad, guardaría semejanza con la responsabilidad de la Administración por la expedición de reglamentos ilegales, pues el deber de indemnizar tiene como requisito previo la declaratoria de inconstitucionalidad -o de ilegalidad en el caso de los reglamentos- de la disposición generadora del perjuicio”

³⁵³ Cfr. CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos*. Edit. Aranzadi. *Repertorio de Jurisprudencia* 2003. Vol. III, Índices. p248.

vinculados al mismo. El ciudadano verá lesionada, sin embargo, su confianza cuando el Legislador vincule a hechos anteriormente consumados unas consecuencias jurídicas que resulten más desfavorables que aquéllas con las que el ciudadano podía contar al tomar sus decisiones. Para el ciudadano, seguridad jurídica significa primaria y fundamentalmente, protección de su confianza”.

Más adelante, concluye:

“...el principio de confianza legítima es fundamental y, constriñe al Legislador a la hora de proceder a dictar una nueva Ley³⁵⁴”.

De forma que comprender en sentido amplio la confianza legítima, dentro de los límites institucionales, es determinar en qué casos realmente resulta la confianza traicionada, que no es otra cosa que defraudar las expectativas objetivamente depositadas, cuya exigencia no puede ser otra que obrar coherentemente con el Ordenamiento jurídico vigente.

La opinión pública en materia de confianza resulta importante, porque el Estado no solo es el Legislador, sino el Poder Judicial que requiere observarse, para ser considerado en la forma en que está aplicando ese principio a las decisiones judiciales. De forma que la población se convierte en el escenario donde están las víctimas que serán contempladas, en primer lugar por sus vecinos y en segundo lugar, por todos aquéllos que se detengan al estudio de los pronunciamientos que adopten los jueces.

Por ello, el conjunto de esas decisiones, va formando en la población un criterio muy claro sobre los límites que tienen los poderes públicos para la expedición y aplicación de las Leyes; de ahí que resulta importante observar la evolución del principio de confianza legítima, que impone procedimientos de difusión, acceso y puesta a disposición de todos los habitantes de la información para hacer efectivo el principio desde la presentación de la reclamación.

Se trata entonces de un principio, que adquiere gran sentido cuando se trata de tomar decisiones judiciales que comprometan la función legislativa del Estado. Por ello es

³⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 249.

importante partir de la consideración que la labor meramente informativa a la población, que debe estar plenamente consciente que no hay acción neutra en la función que por su naturaleza ejerce el Legislador, hacer las Leyes.

El principio de confianza legítima debiera estar atado al principio de legalidad, para buscar que no se dicten Leyes contrarias a Derecho, en las cuales el ciudadano ha depositado su confianza.

La realidad nos viene demostrando, que acudir al principio de confianza legítima para fundamentar la responsabilidad del Estado por acto legislativo³⁵⁵, no ha sido hasta ahora motivo de preocupación para el operador judicial colombiano, por razones que desconocemos.

4.2. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, sin falta, con falta y omisiones legislativas

Sin duda, lo primero que debemos advertir es que en Colombia los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad por actos legislativos sin falta, han sido citados en el capítulo precedente. El examen de este asunto permite establecer que desde la perspectiva jurídica este tema en Colombia se plantea como consecuencia del antecedente fijado en la consagración del actual artículo 90 constitucional, inspirado según la Corte Constitucional en la doctrina española³⁵⁶. Lamentamos que el Constituyente de 1991, no haya integrado plenamente la redacción del actual artículo 90, con el artículo 185 de la Constitución, como ocurre en otros países. En España, por ejemplo, el numeral 1º, del artículo 71, de la Constitución señala: “Art. 71.1. Los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”.

Si se compara esta norma española con el artículo 185 de la Constitución de Colombia que dice: “Art. 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo”. Se colige fácilmente, que la diferencia radica en la responsabilidad por los votos, aquí está el fundamento para que a los congresistas en Colombia, no se les

³⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob. Cit.* pp. 65.

³⁵⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038 DE 2006. M. P. Humberto Sierra Porto.

aplique la acción de repetición. Por este motivo, los congresistas pueden votar una Ley y aunque ella cause daños, su actuación individual no posee el riesgo de que el Estado repita contra los congresistas a fin de que paguen una indemnización, porque la Constitución así lo establece.

En tanto que, si la exoneración de esa responsabilidad se hubiese circunscrito a las opiniones, otro sería el resultado de las actuaciones del Legislador colombiano. Sobra precisar que esta norma rige desde 1886, texto constitucional que en su artículo 106, consagraba ese privilegio. Ahora, en los términos del artículo 90 de la Constitución, todas las autoridades son responsables por sus actuaciones; sin embargo, los congresistas en Colombia no están en igualdad de condiciones frente a los demás funcionarios del Estado, es decir, se desaprovechó la reforma a la Constitución de 1991 para modernizar la figura de la responsabilidad de los congresistas, a quienes en la práctica nunca se les va aplicar la Ley 678 de 2001, cuando con el ejercicio de la actividad legislativa ocasionen un daño, porque los congresistas no solo son sujetos que observan, sino que son observados y por ello ha de armonizarse la normativa que a ellos rige, con todos los demás servidores públicos en su conjunto.

Dicho lo anterior, el análisis de los preceptos normativos que exoneran al Congreso de que sea sujeto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, pone de relieve la necesidad de una transformación en la jurisprudencia colombiana, para que se analicen con detenimiento las perspectivas que plantea el Derecho Administrativo y marcar con ello un nuevo ordenamiento, para se aplique el precedente jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado³⁵⁷, en el sentido de que: “solo son jurídicamente causas del daño, aquéllos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo”.

Interrogarse sobre esta realidad y más allá de que esta perspectiva pueda conducir a la expedición de una nueva normativa, lo cierto es que, no es nítida la línea que separa el régimen de los congresistas en Colombia, con el que se aplica en la actualidad a los restantes poderes públicos.

³⁵⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de septiembre de 1997, Expediente 11764. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

En estos casos, es por supuesto coherente afirmar que todo voto aprobatorio de una Ley que finalmente resulte ocasionado un daño, debiera hacer responsable a quien lo depositó desde el punto de vista patrimonial, esto es importante porque gran parte de la población colombiana está inconforme con los privilegios normativos a los congresistas.

Acerca de la responsabilidad por el hecho de las Leyes, a pocos meses de entrar en vigencia la Constitución de 1991, el Consejo de Estado³⁵⁸, después de citar el caso *Caucheteus et Desmont*, decidido por el Consejo de Estado Francés el 21 de enero de 1944, expresó:

“Los casos citados por Riveró, en que la Jurisprudencia francesa ha aceptado excepcionalmente responsabilidad por el hecho de las Leyes, permiten concluir que dentro de circunstancias distintas a las que se recogen dentro del presente proceso, bien podría abrirse paso por vía de jurisprudencias, este nuevo frente de responsabilidad del Estado legislador”.

Más adelante señaló: *“La Sala reitera, pues, que dentro de la filosofía jurídica que deja expuesta, es posible que, en una situación bien distinta a la que se registra en el presente proceso se abra paso un régimen de responsabilidad, que dé lugar a la indemnización de perjuicios por la actividad del Estado – Legislador...”*

³⁵⁸ Cfr. Consejo de Estado. Exp. No. 5396. 18 de octubre de 1990. M.P. Dr. Julio César Uribe Acosta. Entre otras cosas dijo: “D) Para darle fuerza de convicción al proveído, la Sala desea destacar la filosofía que Georges Vedel expone en su obra *Derecho Administrativo* como obstáculo para que la responsabilidad de las leyes sea de recibo, a saber:

“En primer lugar, hay que excluir totalmente la falta como posible fundamento de la responsabilidad del Estado Legislador, porque, por definición, en tal sistema, la ley no puede incurrir en falta, puesto que la norma jurídica se halla al margen de toda crítica directa o indirecta”.

“Sólo quedan, pues, como fundamentos posibles de la responsabilidad del Estado – Legislador, el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Pero, incluso en este terreno la responsabilidad del Legislador tiene otro rasgo irreductiblemente específico: en principio, corresponde al propio Legislador apreciar si debe concederse reparación a los individuos que hayan sufrido un perjuicio como consecuencia de la ley; sólo podrá, pues, concederse la reparación en virtud de disposiciones de la misma ley o, al menos con el tácito asentimiento Legislador. Si este niega expresa o tácitamente todo derecho a reparación, el juez, obligado por la supremacía de la ley, debe inclinarse”

“Es, pues, un error ver en la responsabilidad derivada de las leyes un supuesto más de responsabilidad del Estado entre otros. Se trata de un régimen jurídico que se diferencia radicalmente, a pesar de algunas similitudes técnicas, del que preside la reparación de los daños causados por la acción administrativa del Estado. En primer lugar, la actividad dañosa (la ley) queda fuera de toda crítica y no pueden alegarse contra ella ni la falta ni la violación del Derecho. Además, el autor del daño (el Legislador) decide él mismo, expresa o tácitamente, si el daño debe o no ser reparado, y el juez que no se hallaría vinculado por tal decisión si hubiese sido adoptada por una autoridad administrativa, está irrevocablemente vinculado por esta decisión del Legislador”

“Es decir, que la expresión “responsabilidad derivada de las leyes” tiene un sentido original; habría que hablar preferiblemente de un régimen de reparación aceptado por el Legislador” Biblioteca Aguilar, pág. 341.

El Consejo de Estado³⁵⁹, precisó que el artículo 90 de la Constitución modificó en forma sustancial las reglas del fundamento de la responsabilidad del Estado. El régimen de la culpa deja de ser su único fundamento para pasar a ser uno de los criterios jurídicos de la imputabilidad de la responsabilidad. Por ello, ahora es posible que el Estado deba indemnizar cuando una Ley válidamente expedida cause un daño, lo que literalmente se traduce en que la víctima pueda ser indemnizada por los daños causados en el marco de una actividad legal de la Administración, porque el artículo 90 consagra “la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado³⁶⁰”. Dijo además:

“La Constitución de 1991 introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado. En efecto, antes de su entrada en vigor no existía una disposición constitucional que contemplara expresamente la obligación reparatoria estatal...

“...Los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de daño antijurídico y su imputación al Estado...

“...concluyó que la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90, estuvo inspirada en la doctrina española, la cual ha definido el daño antijurídico no como aquél que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana³⁶¹”.

La Constitución de Colombia no hace una declaración explícita de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la aplicación de las Leyes, aunque, indirectamente así lo asume cuando apunta a la regulación del daño antijurídico.

³⁵⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia 22 de noviembre de 1991, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª Ponente: Julio César Uribe Acosta, Expediente No. 6454, Actor: Emilia Guido de Mazenett.

³⁶⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sent. 038 de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁶¹ Ibid. Citando al Consejo de Estado, agrega en nota de pie de página: “El Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”. Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.”

Es una realidad que se ha ido imponiendo con el paso de los años, que la actividad legislativa es tomada por los gobiernos de turno para crear más impuestos. Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que la Ley hace de la creación de nuevos impuestos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable, consistente en que la percepción de la población es de desconfianza por la falta de administración responsable de las finanzas públicas, en la medida en que cada vez más se van imponiendo esos estándares, entre dos variables; por un lado la creación de nuevos impuestos por parte del Legislador y por el otro, el exceso de gastos con decisiones tomadas por el Ejecutivo; es allí donde debe situarse la explicación, si esas actuaciones de los poderes públicos, constituyen una responsabilidad del Estado legislador derivada de la aplicación de un nuevo impuesto.

Sobre la creación de nuevos impuestos González Pérez³⁶², citó un caso consistente en que la Ley canaria 5/1986, de 28 de julio, creó un impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo, lo que obligó a vender a las empresas las existencias que tenían en stock a los precios que fijaba una Orden del Ministerio de Industria de 1 de agosto de 1986, sin posibilidad de recuperar en las ventas el importe del nuevo impuesto por tratarse de productos sujetos al régimen de precios intervenidos. Las Sentencias de 8 y 9 de octubre de 1998, 7903 y 7905, con ponencia de Rodríguez Arribas estimaron procedente la indemnización por parte de la Comunidad Autónoma, ya que el legislador autonómico debió establecer la correspondiente norma compensatoria: “la omisión generadora del perjuicio económico partió del legislador canario que no hizo previsión alguna, en forma de disposición transitoria, para impedir la situación, objetivamente injusta, de la imposible repercusión del tributo sobre los productos almacenados con anterioridad”.

4.2.1. Responsabilidad sin falta

El problema se ha planteado, fundamentalmente, respecto de los daños derivados de la aplicación de una Ley o de una disposición con rango de Ley, sobre las que no aparezca ningún vicio, es decir se trata de una doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de una ausencia de reproche por inconstitucionalidad de la Ley; supuesto

³⁶² Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *ob. cit.*, pp. 84.

indemnizatorio que en los términos del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, constituye un daño antijurídico derivado de una Ley ajustada a la Constitución. Hasta ahora, según los criterios jurisprudenciales que expusimos en el capítulo precedente nos indica que el daño indemnizable es aquél que el administrado no tenía el deber jurídico de soportar. En este sentido, se pronunció el Consejo de Estado, como vimos, aplicando el principio de igualdad ante las cargas públicas, por daños derivados de Leyes constitucionales.

En este punto, debíamos explorar otros criterios aplicables para la determinación de la existencia de perjuicios indemnizables, derivados de Leyes constitucionales, por ejemplo la previsibilidad del daño, cuando se considera la posible privación de derechos o intereses de los que ha resultado privado el eventual perjudicado.

Esta conexión entre el daño causado por una disposición de carácter general denominada Ley o con el valor de Ley y los sujetos destinatarios. A partir de ello, conviene examinar uno de los primeros volúmenes sobre técnica legislativa que se ha escrito en España³⁶³; el citado texto trata sólo de los aspectos formales de la técnica legislativa con referencia a la legislación catalana. Es decir se discuten y ofrecen criterios sobre cómo debe ser en Cataluña la configuración y escritura formal de las Leyes en general, sobre lo que es común a cualquier Ley, si se hace abstracción de su objeto y contenido concretos. Pero el criterio general ha sido siempre el de apuntar a la más correcta estructuración formal de la Ley, para que no cause daños. Partiendo de lo que es cada cosa, es decir, en la medida de lo posible, del estado doctrinal de la cuestión sobre cada cosa sepamos dónde hay que colocarla y cómo hay que ponerla. A cada objeto, el lugar y posición adecuados a su naturaleza.

Lo que a veces impera es el desacuerdo doctrinal o la propia indecisión legal y jurisprudencial sobre el tema que se trate. Para ello, nos planteamos los primeros interrogantes: ¿Qué es la promulgación? ¿Qué es la publicación? ¿Qué es una exposición de motivos? En estos casos, los criterios de técnica legislativa vienen precedidos de un breve resumen de la discusión dogmática. Esto se hace con dos objetivos: evitar la construcción de

³⁶³ Cfr. CORDECH, Pablo Salvador. *LA FORMA DE LAS LEYES. 10 Estudios de técnica legislativa*. GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Edit, Bosch, Barcelona 1986, pp. introducción.

reglas sobre terreno movedizo o polémico y, subsidiariamente plantear alternativas en función de las posibles soluciones sustantivas.

En Colombia, no se mantienen bien separadas técnica legislativa y dogmática jurídica pues en uno y otro caso son bastante distintos el objeto principal sobre el que versan, la actividad que se lleva a cabo y los sujetos a quienes se destina.

Se ha preguntado el Legislador colombiano, ¿cuántas Leyes se hacen precisando previamente las horas-hombre que su aplicación costará a jueces o funcionarios?, más o menos duras en relación con las personas o con los restantes seres vivos. Notemos, que el daño se deriva de aplicación de esa Ley, es decir que quien aplica la Ley y a quién se aplica, son los sujetos destinatarios inmediatos del producto legislativo, estos son políticos y legisladores.

El papel del llamado técnico legislativo³⁶⁴, es propiamente el de quien vierte en un texto escrito el conjunto de decisiones materiales y jurídicas tomadas sobre la cuestión de que se trate. Es un redactor del texto en el sentido más fuerte de la palabra.

En Colombia, las iniciativas legislativas desde la exposición de motivos, pasando por su división sistemática no están pensadas en los destinatarios activo y pasivo de las Leyes, esto es el operador judicial y los sujetos a los cuales está dirigida la disposición legal, entonces en la fase de estudio de la Ley debiera discutirse y sugerirse alternativas, pues se trata de tocar los distintos tópicos sobre cada parte del articulado para analizarlos y proponer soluciones distintas según la orientación que se quiera hacer prevalecer en el texto del articulado; luego se comparan las soluciones tratando de expresar ventajas e inconvenientes, quedando abierta la discusión.

Lo más importante en el texto legal ha de ser plantear y ordenar los problemas a tratar y los tópicos sobre cada grupo de temas.

³⁶⁴ Cfr. CORDECH, Pablo Salvador. *LA FORMA DE LAS LEYES. 10 Estudios de técnica legislativa*. GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Edit, Bosch, Barcelona 1986, pp. introducción.

Al analizar precisamente la legislación colombiana, no encontramos ninguna disposición de rango legal que establezca la obligatoriedad para quienes forman parte del legislativo, acreditar una formación en técnica legislativa; así mismo, derogar todas las Leyes que en esta época son inaplicables o porque la situación para la que fueron dictadas ya pasó o las que por el mismo transcurso de tiempo han dejado de regir.

De hecho y en los países de nuestra área cultural los problemas de técnica legislativa son comunes a todos ellos, solo que cualquier buen Legislador puede introducir mejoras y correcciones al proyecto de un colega³⁶⁵.

Hay muchas maneras distintas de intentar establecer y poner en práctica un conjunto de criterios de técnica legislativa. Introducirlo como materia obligatoria en las escuelas de altos estudios jurídicos o incluirlo como parte de un programa de tratamiento de textos jurídicos o crear un organismo que cuide los aspectos técnicos de todo proyecto de Ley, Decreto ley o enmienda legislativa³⁶⁶.

Conforme a la orientación dominante en otros países, entre ellos Austria, Suiza o Italia, que son países con experiencia sobre la cuestión, las Directrices se construyen como un texto articulado, como un conjunto de reglas sistematizadas por temas. Son reglas pero, normalmente, no son reglas jurídicas. Su objeto es la configuración normal de los borradores de proyectos de Ley y de otras disposiciones normativas. Las Directrices están dirigidas, también usualmente, a los funcionarios gubernamentales que redactan esos textos y, eventualmente, a todos aquéllos que intervienen en su destino ulterior. Son, así, recomendaciones de carácter técnico –reglas técnicas pero no jurídicas, ni siquiera parte de reglamentos organizativos- y de carácter formal y conceptual –no prescriben nada acerca del contenido de las normas a elaborar según ellas sino que lo hacen sobre su forma, nombre, sistemática, estructura, construcción conceptual³⁶⁷.

³⁶⁵ Cfr. CORDECH, Pablo Salvador. *LA FORMA DE LAS LEYES. 10 Estudios de técnica legislativa*. GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Edit, Bosch, Barcelona 1986, pp, introducción.

³⁶⁶ *Ibíd.*

³⁶⁷ *Ibíd.*

Más junto a esa orientación en seguida se observan dos líneas de tendencia que introducen un enfoque marcadamente material en las Directrices legislativas: Por un lado, y especialmente en Suiza durante la primera mitad de los años setenta, las Directrices de algunos cantones pasan a tratar, además de los aspectos formales, conceptuales y lingüísticos, cuestiones sustanciales: De entrada, las directrices convierten en problema, cuestionan la necesidad o conveniencia del establecimiento de nuevo derecho, de una intervención jurídica y precisamente normativa para resolver tal o cual conflicto social. Consecuentemente se obliga al responsable o responsables de la eventual decisión a plantearse la posibilidad de recurrir a otras alternativas jurídicas pero no normativas, por ejemplo mejora de la aplicación del derecho existente o no jurídicas por ejemplo campaña cultural que trate de mejorar el nivel cívico de los ciudadanos. Incluso una vez se ha decidido de establecer el nuevo derecho se cuestiona el tipo y el autor de la norma, como ocurre en Colombia, con la expedición de Leyes por parte del Congreso o de Decretos Legislativos y Decretos con fuerza de Ley por parte del Gobierno, debiendo establecer el momento preciso en que hay que dictar la norma; su vigencia; su grado de detalle; su casuismo; su grado de comprensibilidad por el ciudadano ordinario; su coste, público o privado y su practicabilidad, es decir si se va a dictar una legislación simbólica, inaplicable por lo menos que se haga conscientemente³⁶⁸.

Por otro lado, se elaboran directrices de contenido también crecientemente material pero que además se redactan en forma de cuestionarios, bloques de preguntas destinadas teóricamente a controlar la necesidad y cualidades formales y materiales de la normativa proyectada³⁶⁹.

Se requiere en Colombia, justamente para prevenir que la Ley aún ajustada a la Constitución cause daños, un procedimiento de preparación de proyectos de disposiciones normativas; se entiende que establece mínimos materiales y formales de unidad legislativa, es decir la necesidad de dictar una determinada normativa, con calidad sustantiva y vigencia temporal; con preguntas como: ¿es mejor hacer algo que nada?, subpregunta ¿qué pasa si no pasa nada?; ¿existen alternativas?; ¿hay que dictar una Ley o vale un decreto reglamentario?;

³⁶⁸ Cfr. CORDECH, Pablo Salvador. *LA FORMA DE LAS LEYES. 10 Estudios de técnica legislativa*. GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Edit, Bosch, Barcelona 1986, pp. introducción.

³⁶⁹ *Ibíd.*

¿hay que actuar ahora?; ¿el alcance y detalle de la regulación prevista es el adecuado o excesivo o afecta demasiadas partes en el derecho existente?; ¿puede limitarse temporalmente la vigencia de la Ley o hay que mantener vigentes Leyes inútiles?; ¿es asequible y comprensible al ciudadano corriente la regulación prevista?; ¿es factible y practicable?; ¿los costes y beneficios que supone están en una relación razonable?. Son interrogantes que un Estado moderno se debe formular antes de expedir una disposición con fuerza de Ley; asunto que, también compromete al Gobierno según el área que pretenda regular, pero particularmente a los Ministerios del Interior y Justicia, éste último de creación reciente, de cara a la expedición de nuevas normas con rango de Ley³⁷⁰.

La única forma de evitar que Leyes constitucionales causen daños, es implementar en Colombia una normatividad que decisivamente controle el lenguaje y la estructura de las Leyes, para ello se deben ofrecer criterios operativos, medios o instrumentos, no dejando nada al azar, es decir, la Ley no puede más que referirse al marco que ofrece el conocimiento común ordinario o al que deriva del correcto manejo del lenguaje natural en el que se ha de expresar la legislación de que se trata.

En ocasiones la falta de doctrinas puede dar pie a un exceso de sistemas, a sesgos ideológicos excesivos que precisamente por su importancia y sentido pueden llegar a asfixiar en vez de potenciar los programas de técnica legislativa. Se puede indicar que la propia ideología básica de las ciencias de la legislación supone una concepción efficientista de la Ley y consiguientemente, el olvido del carácter prácticamente simbólico, ritual, cohesionador de expectativas y creencias sociales de gran parte de las Leyes que se dictan cotidianamente. Hay aquí un fondo innegable de verdad: el programa de las ciencias de la legislación presupone tácitamente que la Ley es instrumento de regulación de relaciones sociales y no símbolo pero puede perfecta y únicamente ponerse al servicio de una legislación cuyo objetivo sea puramente ritual y cerrado en sí mismo. Hasta para engañar existen técnicas y existen legisladores que las utilizan. Lo que sucede es que una vez que se explicita el verdadero

³⁷⁰ Cfr. CORDECH, Pablo Salvador. *LA FORMA DE LAS LEYES. 10 Estudios de técnica legislativa*. GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Edit, Bosch, Barcelona 1986, pp, introducción.

carácter del objetivo a perseguir con la legislación propuesta, sus apariencias de virtud desaparecen pues se desvelan los trucos de la prestidigitación³⁷¹.

Hablar en Colombia de responsabilidad sin falta, no es pretender nada distinto a poner de relieve la importancia de la implementación de elementos de técnica legislativa, justamente para evitar que las Leyes constitucionales causen daños. Por tanto, requerimos que se creen cátedras o programas específicos en las Facultades de Derecho que se dediquen al estudio de las ciencias de la legislación, con el fin de lograr que el Legislador colombiano no sea visto como emisario del gobierno de turno, sino que en su seno propone, estudia e implementa una legislación de fácil comprensión, para el operador jurídico de una parte y de otra que el ciudadano común, comprenda el propósito de las normas con fuerza de Ley.

Sobre este tema, en el capítulo precedente comentamos en detalle, las tres providencias que el Consejo de Estado colombiano ha dictado declarando la responsabilidad del Estado Legislador; son ellas las Sentencias del 25 de agosto³⁷², el 8 de septiembre de 1998³⁷³ y 19 de octubre de 2000³⁷⁴ decidió tratar tres casos similares en los hechos que sirvieron de fundamento³⁷⁵; así como la decisión que adoptó la Corte Constitucional mediante la cual se

³⁷¹ Cfr. CORDECH, Pablo Salvador. *LA FORMA DE LAS LEYES. 10 Estudios de técnica legislativa*. GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Edit, Bosch, Barcelona 1986, pp, introducción.

³⁷² Consejo de Estado. Expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros.

³⁷³ *Ibid.*. Expediente IJ- 002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

³⁷⁴ *Ibid.*, Sentencia de 1 de octubre de 2000. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13.945. Actor: Elvira Luzardo de Parada y otro Vs. Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores.

³⁷⁵ En el proceso resuelto mediante sentencia del 8 de septiembre de 1998, se pedía la indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de las lesiones ocasionadas a uno de los dos, al colisionar el vehículo en que se transportaba, con otro de placa diplomática, conducido por un miembro de la Misión Diplomática de Estados Unidos. Al igual que en el proceso decidido el 25 de agosto de 1998, se alegó el traslado de la responsabilidad al Estado colombiano, en virtud del “acto legislativo”, consistente en la expedición de la ley 6ª de 1972, por la cual se aprobó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que consagra la inmunidad de jurisdicción diplomática. El caso fue resuelto con fundamento en argumentos similares a los expuestos en el fallo del 25 de agosto de 1998, sin embargo, a fin de debatir la argumentación del demandante, se llamó la atención sobre la inexistencia de un error legislativo, y se agregó que tampoco incurrió el legislador colombiano en omisión, al no hacer reservas en relación con las normas que establecen la citada inmunidad. Al respecto se explicó que el tratado fue suscrito y ratificado conforme a las normas constitucionales y, por lo demás, se indicó que una reserva de tal naturaleza resultaría incompatible con el objeto y el fin del tratado, que resultaría, entonces, inoperante. No obstante, encontró la Sala demostrado que su aplicación en el territorio colombiano, en el caso concreto, causó un daño antijurídico a los demandantes, materializado en la imposibilidad de perseguir, ante el juez nacional competente – juez natural -, la correspondiente indemnización contra el directo causante del daño.

refirió al tratamiento dado en la legislación colombiana el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador³⁷⁶.

En capítulos anteriores expusimos el caso de Francia, Ordenamiento en el que no es de común ocurrencia que el Estado legislador responda patrimonialmente por daños ocasionados por Leyes constitucionalmente válidas³⁷⁷.

³⁷⁶ Cfr. Sentencia C-038/06. Corte Constitucional. “Son contadas las ocasiones en las cuales los jueces colombianos se han ocupado de la responsabilidad estatal por el hecho del legislador. Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional constituyen todos los precedentes en la materia. A continuación se expondrán sucintamente las principales decisiones en cuestión.

La primera ocasión en la cual el Consejo de Estado se pronunció al respecto es la sentencia de agosto 25 de 1998³⁷⁶. En esa oportunidad se trataba de los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena³⁷⁶. En la decisión de segunda instancia el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo introdujo algunas interesantes precisiones: En primer lugar sostuvo que la responsabilidad del Estado legislador no tenía origen exclusivo en la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley sino en la antijuridicidad del daño³⁷⁶, es decir, en que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar la merma en su patrimonio, y en que el daño fuera imputable al Estado colombiano³⁷⁶. En ese caso en concreto concluyó que el título de imputación jurídica sobre el cual se edificaba la responsabilidad estatal, lo constituía el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), por medio de la celebración de un tratado internacional y su aprobación por una ley, cuya aplicación causó daño antijurídico el cual un administrado en particular no tenía el deber de soportar: “(...) De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política”³⁷⁶.

³⁷⁷ “La consideración de la inmunidad de los parlamentos por los perjuicios causados por la aprobación de leyes se ha anudado a dos importantes caracteres que presentan las mismas que no se han advertido de las disposiciones procedentes del Ejecutivo. La diferente posición de estos poderes del Estado en el sistema jurídico ha determinado el distinto tratamiento que de la teoría de la responsabilidad patrimonial se ha producido para ambos, y que ha llevado al mantenimiento de una posición de superioridad e independencia del primero, y la consiguiente consideración de las normas emanadas del mismo como soberanas y generales.

“La primera nota rechaza el elemento fundamental de la teoría de la responsabilidad: el concepto mismo de lesión. Desde esta dimensión, la ley no podrá ser calificada de “injusta”, ni el Parlamento de “culpable”, únicas condiciones que permiten apreciar el nacimiento de aquélla.

“Precisamente será el dogma del Parlamento como soberano y la correlativa sacralidad de las normas emanadas del mismo el que impulsa a LAFERRIERE a fundamentar doctrinalmente la regla de su irresponsabilidad con las siguientes palabras:

<Es de principio que los daños causados a los particulares por medidas legislativas no les confieran ningún derecho de indemnización. La Ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos, sin que pueda reclamar de ella ninguna compensación. El Legislador sólo puede apreciar, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del daño, en consonancia con las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar esta compensación: las jurisdicciones no pueden situarse en su lugar, no pueden más que evaluar el montante teniendo en cuenta las bases y en la forma previstas la Ley>”

“La imposibilidad de anular a las leyes el concepto de falta, requisito exigido en la apreciación de la tesis de la responsabilidad, será el que determine en Francia el inicial rechazo de la posibilidad de imponer al Legislador un deber de compensación pecuniaria de las lesiones que sus productos normativos puedan producir. Así lo puso de manifiesto LAUBADÉRE, para quien:

<...antes de que se desarrollase la responsabilidad por riesgo no se podía en absoluto concebir la noción de falta cometida por el Legislador. Sobre todo en un país en el que no existía el control de la validez de las leyes por el juez>. Cfr. ALONSO GARCIA, María Consuelo, Ob. Cit. P 24-25. Citando a: E. LAFERRIERE, *Traité de la Jurisdiction administratif et des recours contentieux*. Vol. II, Paris, LCGD, 1888 (reedición de 1989).

4.2.2. Responsabilidad con falta

El problema jurídico a resolver consiste en establecer las verdaderas causas por las que una norma con fuerza de Ley es excluida del ordenamiento jurídico por vicios de constitucionalidad, para ello debemos analizar el lenguaje de la Ley. Resulta manifiesto que la utilización que la Ley haga del lenguaje apunta inequívocamente a una realidad concreta. Es aquí, en este punto inequívoco y preciso, donde debe situarse la explicación del enunciado normativo.

Wittgenstein, citado por Mendonca³⁷⁸ expuso una extensa lista de acciones que se llevan a cabo con palabras: dar órdenes, describir objetos, relatar sucesos, hacer conjeturas, comprobar hipótesis, presentar resultados, inventar historias, actuar en teatro, cantar en coro, contar chistes, traducir de un lenguaje a otro, suplicar, agradecer, saludar, orar. Todos eran aspectos del lenguaje que admitían una innumerable cantidad de variantes.

El autor propone cuatro funciones básicas: descriptiva, directiva, expresiva y operativa. Dentro de este marco conceptual, ninguna duda cabe de que una de las funciones más importantes del lenguaje consiste en informar acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas. Cuando nuestro propósito es transmitir información, el lenguaje sirve como instrumento de descripción. Es así que en la función descriptiva formulamos aserciones verdaderas o falsas sobre determinada realidad a través de las informaciones que proporcionamos a nuestros interlocutores ellos adquieren conocimientos acerca de aquello de lo cual hablamos. Lo que hacemos, básicamente cuando describimos determinado estado de cosas es predicar de él ciertas propiedades.

Diferente según el autor es el uso del lenguaje cuando dirigimos o intentamos dirigir las conductas de nuestros interlocutores. Cuando suplicamos, interrogamos u ordenamos algo a alguien, pretendemos que el destinatario de nuestra súplica, nuestra pregunta o nuestra orden realice determinada acción: una pregunta, una súplica y una orden persiguen una acción.

³⁷⁸ Cfr. MENDONCA, Daniel. *Introducción al análisis normativo. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios constitucionales Madrid, 1992, pp. 21; citando a Wittgenstein, L; Investigaciones filosóficas, p. 39.*

El propósito de usar directivamente el lenguaje es, pues, en pocas palabras, hacer, dirigir el obrar de otras personas. Es obvio que aquí, a diferencia de lo que ocurría con la función descriptiva, carece de sentido hablar de verdad o falsedad; las directivas, en general, no son ni verdaderas ni falsas, carecen de valores de verdad³⁷⁹.

Se habla también de un uso expresivo del lenguaje. La intención de quien se vale del lenguaje con este fin es expresar sus propios sentimientos o emociones, o bien provocarlos en sus interlocutores. Los poemas son ejemplos claros del uso expresivo del lenguaje: el propósito del poeta es comunicar sentimientos o actitudes y provocarlos en el lector. Sin embargo no todo el lenguaje expresivo es poético, ya que cuando exclamamos y voceamos entusiasmados o disgustados también exteriorizamos nuestras emociones. De expresiones exclamativas y poéticas, claro está, tampoco cabe predicar verdad o falsedad. En este sentido, importa no confundir lo que es expresar sentimientos o emociones con lo que es informar acerca de ellos³⁸⁰.

Otras veces el propósito central al usar ciertas fórmulas verbales es realizar determinadas acciones, producir cambios en la realidad. Este uso peculiar del lenguaje es llamado operativo o performativo y consiste, esencialmente, en hacer cosas con palabras. Acciones como, prometer, legar, bautizar, apostar, donar y jurar, entre otras muchas, sólo pueden ser ejecutadas mediante el lenguaje. Es decir, el lenguaje puede ser usado para transmitir información, expresar sentimientos y emociones o provocarlos, dirigir conductas y ejecutar acciones. A pesar de la variedad de usos, y de la falta de reglas claras para individualizarlos, difícilmente un hablante equivoque su identificación de un acto o quede desconcertado a ese respecto³⁸¹.

Mendonca, citando a Wright, sostuvo³⁸²:

“Un autor de la talla de Georg Henrik von Wright ha explicado que las prescripciones se generan a través de un modo peculiar de acción humana. Para referirse a ese modo de acción

³⁷⁹ Cfr. MENDONCA, Daniel. *Introducción al análisis normativo. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios constitucionales Madrid*, 1992, pp. 22.

³⁸⁰ *Ibid.*, pp. 22.

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 23.

³⁸² *Ibid.*, pp. 25 Cita a Georg Henrik von Wright. *Norma y acción*, pp. 131.

que consiste en dar prescripciones ha acuñado la denominación de acción normativa. Según von Wright, la actividad característica de los actos normativos es una actividad verbal que consiste en el uso de cierto tipo de enunciados con el propósito de promulgar una norma o prescripción. Así, el dar una prescripción es un acto lingüístico cuya ejecución tiene como resultado la existencia de una prescripción y como consecuencia la eventual influencia sobre la conducta de los destinatarios de la prescripción.

“Si recordamos, que al decir ciertas cosas ejecutamos determinadas acciones y producimos ciertos efectos, podremos reformular la propuesta explicativa de von Wright en nuestros propios términos. Parece claro que, conforme a la idea de von Wright, el uso del lenguaje en cierta forma y contexto, genera, origina, da existencia a normas prescriptivas: pronunciar determinadas palabras, bajo ciertas condiciones, supone realizar la acción de prescribir. Además, la realización de tales actos prescriptivos puede producir o no efectos sobre los receptores del mensaje.

“Von Wright divide las normas en seis tipos tratando de eliminar ambigüedades, puesto que la palabra “norma” se utiliza en diferentes contextos para referirse a objetos diferentes. Insiste, sin embargo, en advertir que no se trata propiamente de subclases de una clase general de normas sino más bien de diferentes sentidos que la palabra “norma” posee. De este modo, la división de las normas propuesta abarca los siguientes tipos:

“(i) definitorias o determinativas, son aquéllas que definen o determinan una actividad o un concepto;

(ii) técnicas o directrices, indican un medio para alcanzar un fin determinado;

(iii) prescriptivas, son aquéllas emanadas de la voluntad de una autoridad (autoridad normativa) y destinadas a algún agente (sujeto normativo) con el propósito de hacer que se conduzca de determinada manera. Para dar a conocer las prescripciones a los sujetos a los cuales van ellas dirigidas la autoridad promulga las normas y para darle efectividad a su voluntad les agrega una sanción o amenaza de castigo. Dentro de este grupo pueden considerarse como ejemplos los mandatos, permisos y prohibiciones establecidos en las Leyes estatales;

(iv) ideales, no se hallan referidas directamente a acciones sino que establecen modelos arquetípicos y mencionan las virtudes características dentro de una clase dada;

(v) consuetudinarias, marcan regularidades de conductas, disposiciones o tendencias a hacer cosas similares en situaciones parecidas; y

(vi) morales, que resultan de difícil caracterización por falta de criterios identificadores, con tres grandes concepciones filosóficas a saber: las de interpretación teológica, que emanan de una autoridad sobrenatural (Dios); las de interpretación teleológica, que son reglas técnicas que indican los medios para obtener un fin y las de interpretación deontológica, según la cual las normas morales constituyen una clase especial y autónoma de normas”.

Según la anterior clasificación, las Leyes son una especie de normas prescriptivas y en su estudio el Legislador está sometido a la rigurosidad del Ordenamiento jurídico. Si se desborda el marco legal previsto en la Constitución para su discusión y aprobación, al ser examinada la Ley por el Tribunal Constitucional, su destino es la salida del Ordenamiento jurídico, dejando sus efectos³⁸³, a la Corte Constitucional, esto es ex nunc o ex tunc y de allí deriva el daño indemnizable³⁸⁴, por vicios de carácter formal y material³⁸⁵.

4.2.3. La omisión legislativa

Antes de referirnos al tema en concreto, es preciso analizar si la responsabilidad política del Congreso en su tarea legislativa, pudiera dar origen a una responsabilidad del Legislador, cuando se abstiene por razones políticas de legislar sobre un determinado tema.

La responsabilidad política nace en el artículo 15 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que dijo:

³⁸³ Ley 270 de 1996, “Art. 45.-Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

³⁸⁴ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-149 de 22 de abril de 1993.

³⁸⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sent. C-1200, diciembre 9 de 2003. Exp. D-4615. M.P. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil.

“La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público”.

Actualmente la responsabilidad política no es una forma de responsabilidad jurídica y por ese sólo motivo no hay lugar a condenar al Legislador. En este instante existen temas sobre los que el Congreso se ha abstenido de legislar por razones estrictamente políticas, citamos a manera de ejemplo el Estatuto de la Oposición, que es necesario para una democracia; sin embargo veintiún años después de esperar que el Congreso expida el citado Estatuto nada ha ocurrido, no obstante, esa omisión no es fundamento para dar origen a una responsabilidad patrimonial del Legislador.

En segundo lugar, cuando estudia el tema de la responsabilidad política, no debe pasarse por alto la legitimidad y la cultura política, conceptos que son determinantes en todo juicio político. Los juicios políticos normalmente terminan en dimisiones, más que en responsabilidades desde el punto de vista jurídico. La moción de censura (Constitución Política., art. 135-9³⁸⁶), es la muestra visible de responsabilidad política, que desde la vigencia de la Constitución de 1991, nunca ha prosperado, a pesar de que en varias oportunidades se ha intentado.

³⁸⁶ Cfr. ARTICULO 135. Son facultades de cada Cámara:

9. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 01 de 2007, El nuevo texto es el siguiente: Proponer moción de censura respecto de los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso de la República. La moción de censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes de la Cámara que la haya propuesto. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo. Pronunciada una Cámara sobre la moción de censura su decisión inhibe a la otra para pronunciarse sobre la misma.

Texto original: 9.

Proponer moción de censura respecto de los ministros por asuntos relacionados con funciones propias del cargo. La moción de censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva cámara. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, en Congreso pleno, con audiencia de los ministros respectivos. Su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara. Una vez aprobada, el ministro quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos.

Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Parágrafo transitorio. Para efecto de lo dispuesto en el numeral 2 del presente artículo, el período comenzará a regir a partir del 20 de julio de 2002.

Sobre los aspectos políticos, debemos precisar que los Tribunales Constitucionales, en ocasiones también deciden sobre asuntos políticos y ello es aceptado, ya que si en nuestro caso a la Corte Constitucional le corresponde la guarda de la integridad de la Constitución (Constitución Política. Art. 241, primer inciso³⁸⁷) y la Constitución es en sí misma un texto político, pues el juez a quien le corresponde su guarda va a expresarse en términos políticos.

Kelsen señaló³⁸⁸:

“...y que en especial la decisión acerca de la constitucionalidad de las Leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos políticos...”y señaló: “que la función de un Tribunal Constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que los otros tribunales y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal Constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la Sentencia de un Tribunal Constitucional...”.

La omisión legislativa inconstitucional ha sido definida como³⁸⁹; “aquel silencio legislativo (o aquella regulación legislativa incompleta o parcial que produce consecuencias no queridas por la Constitución y por tanto puede considerarse que es objeto de una prohibición constitucional”.

La Corte Constitucional, a través de varios fallos de constitucionalidad, se ha pronunciado, sobre la llamada ‘omisión legislativa’, y en sus decisiones ha analizado el tema en la actividad legislativa³⁹⁰. Mediante la Sentencia C-038/06, sostuvo:

“Las omisiones legislativas hacen referencia a la inactividad del Legislador o el incumplimiento por parte de este último de su deber de legislar expresamente señalado en la

³⁸⁷ Cfr. ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

³⁸⁸ Cfr. Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*. Edit. Tecnos. Madrid 1999, pp. 18 y 21..

³⁸⁹ Cfr. SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*. Edit. Ibáñez. Bogotá, D.C., 2010, pp. 21., citando a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo*, Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Num. 61. Enero-Abril 2001, pp. 82.

³⁹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2002. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Constitución³⁹¹. No se trata, simplemente de un no hacer, sino que consiste en no hacer algo normativamente predeterminado, se requiere por lo tanto la existencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del Legislador resulta constitucionalmente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa, en otro supuesto se trataría de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no infringe los límites normativos que circunscriben el ejercicio del Poder Legislativo³⁹². Las omisiones legislativas pueden ser de dos clases: absolutas o relativas”.

Tanto las omisiones legislativas absolutas³⁹³, como las relativas³⁹⁴, han sido estudiadas por la Corte. Sin embargo ese Tribunal³⁹⁵, citando otra Sentencia³⁹⁶, refiriéndose a la inconstitucionalidad por omisión, señaló:

“En relación con el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, esta Corporación ha afirmado que tiene lugar cuando el Legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Esta omisión puede ocurrir de varias maneras:

³⁹¹ La Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente acerca de la inconstitucionalidad por omisión. Algunas de las consideraciones expuestas han sido las siguientes: “Las normas constitucionales no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de sus valor normativo, y a la renuncia de la pretensión de reformar la estructura social para alcanzar los valores y fines inspiradores del ordenamiento constitucional (Preámbulo C.P.). Los fines esenciales del Estado (art. 2° C.P.), imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente. De no hacerlo, se incurriría en una inconstitucionalidad por omisión cuya gravedad puede medirse considerando los derechos individuales y sociales que en este caso sólo adquirirían la aplicabilidad inmediata a partir de la adopción de la norma legal” (Sentencia T-081 de 1993) ; “El fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión está ligado, cuando se configura a una obligación de hacer, que supuestamente el constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actividad negativa a una violación a la Carta” (Sentencia C-188 de 1996) ; “Se entiende por omisión legislativa todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución: dichas omisiones, entonces, se identifican con la no acción o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el constituyente (...) Es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar, existe omisión legislativa cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente” (Sentencia C-543 de 1996). El tema de las omisiones legislativas ha sido tratado también por la Corte Constitucional en las sentencias C-247 de 1995, C-536 de 1995, C-098 de 1996, C-188 de 1996, C-543 de 1996 y C-745 de 1998.

³⁹² Cfr. GÓMEZ PUENTES, Marcos. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997, pp. 19.

³⁹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-073 de 1996.

³⁹⁴ *Ibíd.*, C-041 de 2002.

³⁹⁵ *Ibíd.*, Sentencia C-402 de 2003.

³⁹⁶ *Ibíd.*, Sentencia C-067 de 1999.

a) cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente;

b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros;

c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y

d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial, exigido por la Constitución”.

4.2.3.1. Omisión legislativa absoluta

Nace cuando el Legislador se abstiene de regular un determinado tema. Sobre este asunto Sarmiento Erazo³⁹⁷, ha dicho que, “se producen cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento al precepto constitucional, creando así una situación contraria a la norma fundamental; las omisiones relativas cuando existe una situación del Legislador –una Ley- pero la misma es parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional. Las omisiones absolutas se corresponden con los silencios del Legislador que generan situaciones contrarias a la Constitución; las omisiones relativas son silencios de la Ley que provocan la misma situación inconstitucional”.

Esta falta por parte del Legislador, fue definida por la Corte como:

“La omisión absoluta hace referencia al incumplimiento por parte del Legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal”.

³⁹⁷ Cfr. SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo, Ob, Cit, p55., citando a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo*, Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Num. 61. Enero-Abril 2001, p83.

La Corte se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre esta modalidad de omisiones, con fundamento, en los siguientes argumentos:

“(i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control³⁹⁸, (ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito, (iii) la declaración de inexecutable total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución³⁹⁹”.

Finalmente, la ausencia de regulación de una determinada materia no necesariamente puede ser objeto de reproche constitucional, ya que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad”.

Sobre su competencia, la Corte en la sentencia comentada, trae una Sentencia proferida en 1998⁴⁰⁰, en la que dijo:

³⁹⁸ En la sentencia C-543 de 1996 sostuvo este Tribunal:

“Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”.

³⁹⁹ Sentencia C-504 de 1995. En el mismo sentido sostuvo en la sentencia C-146 de 1998

“(…) son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecutable, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación.”

⁴⁰⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 1998. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Dijo la Corte. Pero por fuera de esta hipótesis, el Legislador en general tiene una amplia gama de configuración legislativa que sólo a él corresponde definir. Por lo cual puede ejercerla como a bien lo tenga, en la oportunidad que estime conveniente. La Corte Constitucional carece de competencia para exigir del Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido; ni para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas. Si bien la aplicación analógica o extensiva de las leyes es un mecanismo de integración del derecho que puede ser aplicado por los jueces al resolver sobre derechos concretos y que está expresamente previsto en el artículo 8 de la ley 153 de 1887 cuando prescribe que *‘cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho’*, en cambio por la vía de control de constitucionalidad no es posible normatizar de manera general sobre la extensión de la ley a situaciones de hecho no contempladas en los textos legales. Esta función no ha sido asignada por el constituyente a este Tribunal, y menos aún para ordenar esta aplicación extensiva con efectos retroactivos, como pretende el demandante.

“La Corte Constitucional carece de competencia para exigir del Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido; ni para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas”

En suma, la omisión legislativa absoluta, según los criterios de la Corte, solo puede ser sancionada por el soberano, ejerciendo las acciones de responsabilidad contra el Legislador por abstenerse sin causal que lo justifique de cumplir con su función.

Frente a la pregunta, ¿por qué, podría existir responsabilidad del Legislador en una omisión absoluta, no obstante que la Corte se abstiene de fallar sobre la misma?

La respuesta debe ser expuesta desde dos puntos de vista. En primer lugar, en el medio de control de reparación directa (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 140), una de las causas para demandar es la omisión y es por ello que cualquier persona que haya sufrido un daño por una omisión del Legislador, está habilitada procesalmente para dar inicio a la correspondiente acción judicial; como la Ley no distingue, las omisiones del Legislador, cualquiera sea su clase, absoluta o relativa, dan origen a una declaración de responsabilidad, siempre y cuando se haya causado un daño y la persona perjudicada pueda demostrarlo.

En segundo lugar, debe existir una disposición normativa que obligue al Legislador a legislar, para que pueda darse la omisión, en Colombia, la Constitución.

La confirmación de nuestro argumento, se sustentó por la Corte Constitucional de Colombia⁴⁰¹, en los siguientes términos:

“Se entiende por omisión legislativa todo tipo de abstención del Legislador de disponer lo prescrito por la Constitución: dichas omisiones, entonces, se identifican con la ‘no acción’ o falta de actividad del Legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el constituyente (...) Es requisito indispensable que en la Carta exista una

⁴⁰¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-188 de 1996.

norma expresa que contemple el deber de expedir la Ley que desarrolle las normas constitucionales y el Legislador incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de Leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar, existe omisión legislativa cuando el Legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”.

4.2.3.2. Omisión legislativa relativa

La Corte Constitucional⁴⁰² estableció los requisitos que debe tener la omisión legislativa Relativa; ellos son:

“a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquéllos casos, que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente; la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del Legislador”.

Luego mediante Sentencia C-038 de 2006, señaló la Corte⁴⁰³:

⁴⁰² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Señaló la Corte: Como se ve, esta Corporación ha definido que para que el cargo de inconstitucionalidad por omisión pueda prosperar, es necesario que se cumplan determinados requisitos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

⁴⁰³ Corte Constitucional. Expediente No. D-5839. Mag. Sustanciador. Dr. Humberto Sierra Porto. Demanda instaurada por el ciudadano FÉLIX HOYOS LEMUS, demanda la inconstitucionalidad parcial del artículo 86 del Decreto-ley 01 de 1984 “por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”. “La omisión legislativa relativa, por su parte, supone la actividad del legislador pero de forma incompleta o defectuosa “dado que al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva (v. gr. derecho a la igualdad, derecho al debido proceso o del derecho de defensa, derechos adquiridos, etc.).” ⁴⁰³

La anterior distinción es de gran importancia en la medida en que la Corte se ha declarado competente para conocer únicamente acerca de omisiones legislativas relativas⁴⁰³, pues “éstas tienen efectos jurídicos susceptibles de presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores.”⁴⁰³ Quiere decir lo anterior que ante la ausencia total de un precepto o texto legal, la Corte no adelanta un juicio de inconstitucionalidad, por cuanto sólo es competente para conocer y pronunciarse sobre la producción legislativa⁴⁰³, no obstante si se trata de una omisión relativa esta puede ser objeto de un juicio de constitucionalidad, que eventualmente podría conducir a proferir una sentencia integradora mediante la cual se subsane la omisión inconstitucional.

“Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la prosperidad del examen de constitucionalidad de una norma, por haber incurrido el legislador en una omisión legislativa relativa, supone el cumplimiento de dos condiciones, a saber: (i) El juicio de inexequibilidad requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y (ii) la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental¹.

De lo anterior se deduce que, en principio, ante un actuar positivo del legislador pero constitucionalmente incompleto, al expedir una normatividad que sin embargo, no contempla todos los supuestos que debería regular en virtud del principio de igualdad o del derecho al debido proceso, corresponde al juez constitucional subsanar la omisión inconstitucional mediante la ampliación del alcance del precepto legal impugnado a supuestos de hecho no previstos por el legislador, procedimiento que tiene lugar mediante la expedición de una sentencia integradora”.

Nos preguntamos; ¿existe motivo para que pueda declararse la responsabilidad del Estado legislador, en razón a las omisiones relativas?.

Evidentemente es una realidad, porque el deber de legislar bien es un principio que vincula al Legislador. Allí el Estado crea el derecho y en su actuar legislativo como sujeto de derecho, al elaborar la Ley defectiva puede ocasionar daños patrimoniales que deberán ser indemnizados.

De aquí, que la responsabilidad del Estado legislador se plantea para este caso de su no acción legislativa, es decir en las omisiones legislativas se presenta una falla en el servicio legislativo, que conduce a una inconstitucionalidad de la Ley y sabemos que cuando esto ocurre y se causa un daño, hay lugar a su reparación. Por esta razón no tratamos de incorporar una regla que ya está en la jurisprudencia, sino que se trata sólo de opinar sobre aspectos polémicos, que son consecuencia del funcionamiento anormal de la actividad del Legislador.

Este argumento fue ratificado por la Corte Constitucional de Colombia⁴⁰⁴, cuando precisó: “Pueden ser objeto de estudio por esta vía (acción de inconstitucionalidad) y de hecho ya lo han sido, las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el Legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos de violación al principio de igualdad o debido proceso (...)”.

A nivel general y como ejemplo de omisiones legislativas, está la no reglamentación (Constitución Política, art. 23)⁴⁰⁵, en cuanto al derecho de petición ante particulares (El Congreso lo reglamentó a través de la Ley 1437 de 2011, no obstante la Corte declaró inexecutable los artículos 13 al 33, mediante Sentencia C-818 de 2011); la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, haciendo los ajustes de la Ley marco de salarios públicos (Ley 4/92)⁴⁰⁶; el “Estatuto del Trabajo”, (Constitución Política, art. 53)⁴⁰⁷; la reglamentación del derecho a la huelga, (Constitución Política., art 56), tema sobre el cual la Corte se pronunció⁴⁰⁸, exhortando al Congreso para actuar, sin embargo hasta la fecha ha guardado silencio.

⁴⁰⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-188 de 1996.

⁴⁰⁵ Cfr. ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

⁴⁰⁶ Cfr. Constitución Nacional letra e), numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, que dice: “Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos. e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública”. El Congreso dictó la ley marco sobre salarios. Ley 4 de 1992, pero en ella no fijó los criterios permanentes sobre reajustes salariales anuales.

⁴⁰⁷ Cfr. ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

⁴⁰⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. Existe una omisión del legislador en la regulación del derecho a la huelga, que exige el artículo 56 de la Constitución. En este fallo la Corte expresa que leyes como la 100 de 1993 y 142 de 1994, restringen el derecho a la huelga para los servicios llamados esenciales. Señala la Corte que el congreso en un plazo razonable deberá expedir una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea adecuada a la Constitución, es decir que exhortó al legislador en ese sentido. No obstante, el Congreso hasta la fecha se ha abstenido de reglamentar el derecho constitucional a la huelga.

Confirman los ejemplos anteriores, que estos asuntos que trascienden a diversos sectores de la población por ser de interés general, no tienen una respuesta normativa como corresponde, por ello las omisiones citadas son el fiel reflejo de una falla legislativa.

4.3. Reflexiones al presente capítulo

La realidad nos viene demostrando, que el sistema de responsabilidad del Estado legislador en el Derecho colombiano, no tiene origen ni alcances distintos a los que ha fijado la jurisprudencia francesa y española. No tenemos en Colombia una identidad propia en ninguno de los principios que actualmente se aplican para resolver temas derivados de daños que las Leyes ocasionen a los ciudadanos.

Toda decisión ha de partir necesariamente de unos supuestos de hecho que se le colocan en consideración al juez para que decida y éste a través de Sentencias que se profieren tardíamente, no sólo frente a la aplicación de los principios, sino también en relación con el caso planteado.

Veamos: el principio de igualdad ante las cargas públicas, se aplicó en Francia por primera vez en 1938, en Colombia se utilizó por primera vez en un caso derivado de responsabilidad legislativa en 1998. La tardía respuesta judicial, se observa por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no solo en la aplicación de una teoría, sino en la resolución de los asuntos que en 2012 está resolviendo con 10 años de atraso.

De modo que, sí que parece necesario que el Consejo de Estado colombiano aplique el principio de la falla del servicio a todos los casos de responsabilidad del Legislador, que aún cuando en la jurisprudencia extranjera no lo viene aplicando, la jurisprudencia colombiana necesita contemplar su puesta en práctica, por considerar que es el único principio aplicable a las reiteradas fallas derivadas de la actividad legislativa colombiana.

Lo veremos más adelante, como en Leyes muy variadas se siguen causando daños; por ello, puede decirse que es un factor determinante para el nacimiento de una nueva

argumentación tendiente a decidir los casos que habrán de presentarse, en los que las fallas del Legislador sean notorias.

Es así que reviste especial interés en materia legislativa, la finalidad o intención que el Estado legislador tenga, en que los intereses personales no se superpongan al ejercicio de sus propias competencias que deben buscar la justicia y el bien común⁴⁰⁹.

Numerosa legislación ha sido elaborada en Colombia y nada se ha legislado sobre el tema, de la responsabilidad derivada de las Leyes. La necesidad de regular a través de Leyes un sistema de responsabilidad, con fundamento en el mandato constitucional según el cual tenemos derecho a una pronta y cumplida justicia que es indispensable en un Estado Social de Derecho.

De manera que, cuando se decide abordar este tema, nos encontramos que ni los operadores judiciales quieren aplicar en nuestro Derecho los principios más ajustados a las fallas legislativas en la expedición de las Leyes, ni el legislativo está interesado en legislar acerca de un asunto que resulta fundamental para un sistema de responsabilidad.

El análisis de los pronunciamientos judiciales que sobre responsabilidad del Estado legislador se han dictado en Colombia, pone de relieve la necesidad de la existencia previa de parámetros jurisprudenciales y normativos que permitan delimitar para Colombia un sistema de responsabilidad derivada de la actividad legislativa, a fin de que quienes resulten perjudicados con Leyes colombianas tengan claramente delimitados los principios aplicables y sus derechos.

En este sentido, seguimos esperando legítimamente que el núcleo esencial de este asunto, sea resuelto estructurando unas bases sólidas para que se establezca el punto de partida para un nuevo sistema de responsabilidad del Legislador.

⁴⁰⁹ Cfr. *Constitución Política de Colombia, Artículo 133.*

Capítulo V

5. Los Requisitos

Para que un Estado incurra en responsabilidad patrimonial como consecuencia de su actuación legislativa, deben concurrir según Moreno Fernández⁴¹⁰, los cuatro requisitos siguientes:

1) Que el derecho afectado pueda calificarse como un bien⁴¹¹; en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende, antes que nada, que la noción de bienes tiene un contenido muy flexible y por tanto, muy amplia, al entender que tiene un ámbito autónomo que no se limita realmente a la propiedad de los bienes corporales, razón por la cual algunos otros derechos e intereses que constituyen activos pueden también pasar por derechos de propiedad y por lo tanto como bienes a efectos de dicha disposición⁴¹². Además la noción de bienes puede incluir tanto los bienes actuales como los valores patrimoniales, incluidos tanto los créditos (con la condición de que esté suficientemente probada su exigibilidad⁴¹³), como

⁴¹⁰ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 138.

⁴¹¹ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 1986, asunto *Germen Van Marle, Johannes Petrus van Zomeren, Johannes Flantua y Roelof Hendrik de Bruijn contra Países Bajos*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado una interpretación muy flexible de lo que debe entenderse por bien, aceptando como tales por ejemplo, la cartera de clientes de un actividad. En efecto, a su juicio, encaja dentro del concepto de bien en el sentido número 1 del protocolo número, la reducción de clientes y de ingresos de quienes veían ejerciendo la profesión de contables en Holanda pero que de conformidad con la Ley de 13 de diciembre de 1972 perdieron dicha calificación desde el día 1 de marzo de 1979, por no reunir los requisitos establecidos en la nueva normativa para poder usar ese título, al considerar que el derecho invocado por los demandantes puede asimilarse al derecho a la propiedad reconocido por el artículo 1 porque los interesados con su trabajo habían reunido una clientela que tenía en muchos aspectos el carácter de un derecho privado con un valor patrimonial.

⁴¹² Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de febrero de 1995, asunto *Gasus Dosier-and Fordertechnik GMBH contra Países Bajos*.

⁴¹³ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 2005, asunto *Lionel y Cristine Draon contra Francia*. Para que un crédito pueda considerarse un valor patrimonial que se halle en el terreno del artículo 1 del Protocolo común 1, es necesario que el titular del crédito demuestre que tiene una base

las expectativas legítimas sobre bienes, que no las esperanzas de obtener el reconocimiento de derechos que no haya sido posible ejercer durante un periodo de tiempo⁴¹⁴.

2) Que el bien tenga un contenido patrimonial; considerándose como bien patrimonial no sólo los bienes materiales, muebles o inmuebles, sino también los derechos y los bienes intangibles, como por ejemplo un fondo de comercio. Así, por ejemplo, ha considerado dentro del concepto de bien patrimonial:

- a) el crédito tributario de una empresa⁴¹⁵;
- b) la liquidación tributaria complementaria de un impuesto con su recargo⁴¹⁶;
- c) el derecho adquirido o mejor decir la esperanza legítima de restitución de un impuesto pagado, es decir, pago de un impuesto por una entidad al amparo de una normativa que se declara ilegal respecto de otra sociedad que la recurre⁴¹⁷;

suficiente en derecho interno, momento a partir del cual entra en juego la noción de esperanza legítima.

⁴¹⁴ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2004, asunto *Juraj Kopecký contra Eslovaquia*. En efecto señala a este respecto que un demandante únicamente puede alegar una violación del artículo 1 del protocolo común 1 en la medida en la que las resoluciones que impugna se refieran a sus bienes en el sentido de esta disposición. La noción de bienes puede referirse tanto a bienes actuales como a valores patrimoniales, incluidas pretensiones en virtud de las cuales el demandante pueda pretender tener al menos una expectativa legítima de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad. Por el contrario, la esperanza de ver reconocer un derecho de propiedad que no se puede ejercer efectivamente no puede ser considerada como un bien en el sentido del artículo 1 del protocolo común 1, y lo mismo ocurre con una pretensión condicional que se extingue debido a la falta de realización de la condición.

⁴¹⁵ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002, asunto *SA Cabinet Jacques Dangeville contra Francia*. El tribunal considera que la demandante tenía, en sus dos recursos, un crédito contra el Estado debido al IVA indebidamente pagado por el periodo del 1 de enero al 30 de junio de 1978. Se refiere el IVA devengado durante ese periodo por las operaciones de correduría de seguros cuando, de conformidad con la Novena Directiva 78/583/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1978, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, se autorizaba a Dinamarca, Alemania, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos hasta retrasar hasta el día 1 de enero de 1979 las previsiones de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonizaciones de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios que preveía su entrada en vigor en enero de 1978 y establecía en su artículo 13. B.a) la exención de las operaciones de seguros y reaseguros, incluidas las prestaciones de servicios correspondientes a dichas operaciones efectuadas por los corredores e intermediarios de seguros.

⁴¹⁶ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 1999, asunto *Spacek SRO contra República Checa*.

⁴¹⁷ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de octubre de 1997, asunto *National y Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society contra Reino Unido*.

d) expectativa del derecho a obtener una indemnización como consecuencia de la provocación de un daño –responsabilidad aquiliana del Estado por la prestación del servicio de pilotaje de barcos en los puertos que provocan un abordaje⁴¹⁸;

e) la reducción del valor del fondo de comercio de una actividad, es decir, privación del ejercicio de la actividad contable a quienes venían ejerciéndolo por la introducción de nuevos requisitos⁴¹⁹;

f) la cartera de clientes de una actividad contable⁴²⁰;

g) la clientela de un cine generada por la explotación pacífica durante once años hasta su expulsión por las autoridades⁴²¹;

h) la existencia de un laudo arbitral que reconocía la obligación del Estado al pago de unas cantidades que confería a la otra parte un derecho a las sumas concedidas⁴²²;

i) el reconocimiento judicial del derecho de propiedad del demandante⁴²³;

j) el interés patrimonial sobre un cuadro de Van Gogh⁴²⁴;

k) el intento de restitución de un cuadro de Pieter Van Laer que había pertenecido al padre del demandante⁴²⁵;

⁴¹⁸ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1995, *Pressos Compañía Naviera, S.A. contra Bélgica*.

⁴¹⁹ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 1986, asunto *German Van Marle, Joannes Petrus Van Zomeren, Johannes Flantua y Roelof Hendrik de Buijn contra Países Bajos*.

⁴²⁰ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 1986, asunto *German Van Marle, Joannes Petrus Van Zomeren, Johannes Flantua y Roelof Hendrik de Buijn contra Países Bajos*.

⁴²¹ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de marzo de 1999, asunto *Georgios Itatidris contra Grecia*.

⁴²² Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994, asunto *Refinerías Griegas Stran contra Grecia*.

⁴²³ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1999, asunto *Dan Brumarescu contra Rumanía*.

⁴²⁴ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de enero de 2000, asunto *Ernst Beyeler contra Italia*.

⁴²⁵ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de julio de 2001, asunto *Príncipe Hans Adam*

- l) el derecho al cobro de una indemnización reconocida judicialmente⁴²⁶;
 - m) la expectativa legítima a desarrollar un terreno por concesión de un permiso de planificación que luego sería anulado, el terreno fue comprado con ocasión del desarrollo proyectado⁴²⁷;
 - n) la expectativa a prorrogar un contrato de arrendamiento sobre un terreno por 22 años, construyendo el arrendatario unos edificios para subarrendarlos⁴²⁸;
 - ñ) el derecho a utilizar tanto una marca comercial como la propiedad intelectual⁴²⁹;
 - o) el derecho a obtener una indemnización por un error médico⁴³⁰;
 - p) el derecho a cobrar intereses de demora por el retraso de las autoridades a reembolsar un crédito⁴³¹.
- 3) Que exista una injerencia del Estado sobre el bien; debe precisarse, antes que nada, que el pago de impuestos, como injerencia en los derechos garantizados en el artículo 1 del protocolo 1, está justificada según el apartado 2 de ese artículo⁴³², siempre y cuando no imponga a las personas una carga excesiva o atente contra su situación económica⁴³³.

II de Liechtenstein contra Alemania.

⁴²⁶ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de marzo de 2001, asunto *Eleni Malama contra Grecia*.

⁴²⁷ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 1991, asunto *Pine Valley Developments Ltd. y otros contra Irlanda*.

⁴²⁸ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2003, asunto *Michael Stretch contra Reino Unido*.

⁴²⁹ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1995, asunto *British-American Tobacco Company Ltd. Contra Países Bajos*.

⁴³⁰ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 2005, asunto *Lionel y Christine Draon contra Francia*.

⁴³¹ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de marzo de 2006, asunto *Eko-Elda AVEE contra Grecia*.

⁴³² Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2002, asunto *Barbo Jokela y otros contra Finlandia*.

⁴³³ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de julio de 2003, asunto *Buffalo Srl ccontra Italia*.

4) Que la injerencia sea indebida por no responder a razones de interés general⁴³⁴. En principio, toda injerencia en el goce de un derecho o una libertad reconocidos por el convenio debe perseguir un fin legítimo, razón por la cual toda injerencia en el ejercicio del derecho al respecto de los bienes debe igualmente perseguir un fin de utilidad pública, es decir un interés general de la comunidad⁴³⁵. Fin de utilidad pública cuya apreciación corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales, gracias a un reconocimiento directo de la sociedad y sus necesidades, razón por la cual se encuentran en mejor posición que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública, gozando, en consecuencia, de un cierto margen de apreciación, tanto más porque la noción de utilidad pública es por naturaleza amplia⁴³⁶.

5.1. Requisitos por la vulneración del Derecho francés al Derecho Comunitario

Moreno Fernández⁴³⁷, trajo un ejemplo de responsabilidad patrimonial del Estado legislador francés, en el caso “Dangeville”, por el incumplimiento del Derecho Comunitario. Los hechos fueron los siguientes:

La entidad SA Cabinet Jacques Dangeville demandó el 6 de marzo de 1997 a la República francesa ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por pago indebido de IVA debido a la falta de adecuación de la legislación francesa a la normativa comunitaria, concretamente a la Sexta Directiva, alegando la violación del derecho a la propiedad, siendo remitida la demanda al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el día 1 de noviembre de 1998.

El asunto tiene su origen en el IVA pagado por la citada sociedad mercantil por su actividad de corretaje de seguros durante el año 1978 (292.816 francos), cuando, de conformidad con el artículo 13.B.a) de la Directiva 77/388/CEE, del Consejo del 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativos a los impuestos sobre el volumen de negocios, a partir del día 1 de enero

⁴³⁴ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 1986, asunto *German Van Marle, Joannes Petrus Van Zomeren, Johannes Flantua y Roelof Hendrik de Buijn contra Países Bajos*.

⁴³⁵ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de enero de 2000, asunto *Ernst contra Italia*.

⁴³⁶ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto *Constantino II (ex rey de Grecia) y ocho miembros de su familia contra Grecia*.

⁴³⁷ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 150 - 154.

de 1978 se encontraban expresamente exentas las operaciones de seguros y reaseguros, incluidas las prestaciones de servicios correspondientes a dichas operaciones efectuadas por los corredores e intermediarios de seguros. Sin embargo, la legislación francesa reguladora del IVA⁴³⁸, no tenía prevista en aquél momento la citada exención, sometiendo a tributación las operaciones comerciales de corretaje. La Comisión Europea comunicó al Estado francés –con fecha 30 de junio de 1978- la Directiva 78/583/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1978, Novena Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios⁴³⁹, por la que se concedía a los Estados miembros que no pudieron llevar a término, en el plazo inicialmente establecido, el procedimiento legislativo necesario para la adaptación de la normativa reguladora del IVA.

Sobre la base del artículo 13.B.a) de la Sexta Directiva, la entidad Dangeville solicitó la devolución del IVA indebidamente ingresado, destacando la responsabilidad del Estado francés por haber incumplido los plazos de transposición de la Sexta Directiva, lo que le había causado un perjuicio equivalente al montante del tributo indebidamente ingresado. Dicha petición fue rechazada por Sentencia del Tribunal Administrativo de París de fecha 8 de julio de 1982⁴⁴⁰, al entender que aun cuando las Directivas comunitarias son vinculantes, son las autoridades nacionales las únicas competentes para decidir los medios para su trasposición, no

⁴³⁸ Cfr. Concretamente el artículo 256 del *Code General de Impôts* derivado de la Ley 6 de enero de 1966, vigente hasta su modificación por la Ley 29 de diciembre de 1978.

⁴³⁹ Cfr. Esta Novena Directiva no llevaba ningún efecto retroactivo, según dispuso entre otras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1982, asunto *Úrsula Becker Finanzamt Munster-Innenstadt*.

⁴⁴⁰ Cfr. Mediante sentencia 10 de junio de 1982 el mismo Tribunal rechazó otra petición idéntica de otra sociedad mercantil dedicada al corretaje de seguros; La entidad *Revert y Badelon*. Dicha Sentencia fue recurrida en casación con fecha 23 de agosto de 1982 dictando sentencia el Consejo de Estado con fecha 30 de octubre de 1996, en la que cambiaba su doctrina respecto de la entidad Dangeville, entendiendo que sí podían los ciudadanos alegar la contradicción entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, y sobre la base de dicha contradicción obtener la restitución del impuesto indebidamente pagado por el incumplimiento del Estado francés, al ser la normativa interna (los artículos 256 y 261.4.1. del *Código General de Impuestos*) contraria a los objetivos del artículo 13.B.a) de la Sexta Directiva, que exoneran del IVA a todas las operaciones de seguros y reaseguros efectuadas por los corredores e intermediarios de seguros. No existía, por el contrario, legitimación para reclamar por el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 1978 porque la Novena Directiva del Consejo de 26 de junio de 1978 y comunicada el día 30 de junio de 1979 había autorizado a las autoridades francesas a adaptar su normativa interna hasta el día 1 de diciembre de 1979. Esta sentencia no hace sino aplicar a la materia fiscal la previa doctrina sentada en las sentencias del Consejo de Estado de 20 de octubre de 1989 (asunto *Nocolo*, *Repertoire Lebon* 190) y 28 de febrero de 1992 (asunto *S.A. y Philip Morris France Rothmans Internacional France* *Repertoire Lebon* 20), que admitían la responsabilidad del Estado Francés frente a violaciones del Derecho Comunitario, concretamente, frente a ilegalidades culpables a causa de la incompatibilidad de medidas internas con directivas comunitarias.

siendo posible para un justiciable la invocación directa de una Directiva en contra de una disposición de Derecho nacional. Posteriormente por arrêt del Consejo de Estado de 19 de marzo de 1986 se rechazó también la apelación, al entender que los ciudadanos no pueden acogerse a las disposiciones de una directiva aún no traspuesta en el Derecho interno, desestimando la demanda de responsabilidad por el no sometimiento previo de la cuestión de la responsabilidad a la Administración fiscal.

Al amparo de esta última resolución, que rechazaba la pretensión de Dangeville por el no sometimiento previo de la cuestión de la responsabilidad a la administración fiscal, la sociedad actora presentó con fecha 16 de marzo de 1987 una solicitud de indemnización ante el Ministerio de Economía, tanto por la responsabilidad del Estado, ante la no trasposición a tiempo de la Sexta Directiva, con aplicación de una disposición normativa interna contraria al Derecho Comunitario, como por el trato desigual soportado ante el deber de contribuir a las cargas públicas como consecuencia de la aprobación de 2 de enero de 1986⁴⁴¹.

Esta solicitud fue desestimada, primero, por Resolución del Ministro de Economía y, luego, por sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de París de 23 de mayo de 1989. Sin embargo por nueva Sentencia del Tribunal Administrativo de Apelación de París de 1 de julio de 1982, en pleno, se anuló parcialmente la de 23 de mayo de 1989, admitiendo al responsabilidad del Estado francés y condenándole al pago del perjuicio causado, en concepto de indemnización de la suma de 129.845 francos, más los intereses legales, suma equivalente a la del impuesto pagado indebidamente.

Esta Sentencia entendía que era obligación del Estado francés tomar las medidas adecuadas para la ejecución de las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario, entre las que se encuentra el adoptar las medidas necesarias para eliminar las consecuencias ilegales de una violación del Derecho Comunitario, tanto directamente, como, en su defecto, reparando los perjuicios provocados.

⁴⁴¹ Cfr. Esta Instrucción dispuso que los corredores de seguros que no hayan sometido sus operaciones al Impuesto sobre el Valor Añadido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 1978 y hayan sido por ello objeto de liquidaciones complementarias, no serán requeridos al pago de las sumas que deben por este concepto en fecha de la publicación de la presente instrucción.

Así, la incompatibilidad del Derecho interno con el Derecho Comunitario permite a un ciudadano –aun cuando previamente haya invocado infructuosamente dicha incompatibilidad ante la Administración tributaria- a instar la reparación del perjuicio derivado de la no transposición del Derecho interno; y, dado que las disposiciones del artículo 256 del Código General de Impuestos, en su redacción anterior al 1 de enero de 1979, sometía las operaciones de corretaje de seguros de forma incompatible con la Sexta Directiva por el periodo existente entre el 1 de enero de 1978 (fecha de comunicación al Estado francés de la Novena Directiva), procedía reconocer el abono de la indemnización equivalente al perjuicio causado durante tal periodo por el IVA ingresado (que no fue objeto de repercusión sobre la clientela al calcularse en función de las primas pagadas)⁴⁴².

La anterior decisión fue recurrida en casación ante el Consejo de Estado por la Dirección General de Impuestos, quien por arrêt de 30 de octubre de 1996 la anuló, al entender que no había posibilidad de obtener satisfacción a través de un recurso de responsabilidad de la pretensión rechazada en el terreno de una demanda fiscal decidida con la autoridad de la cosa juzgada (esto es, con la previa decisión del Consejo de Estado de 19 de marzo de 1986), pretendiéndose a través del procedimiento de responsabilidad la obtención de la misma indemnización perseguida mediante la reclamación tributaria, sin invocación de perjuicio adicional alguno⁴⁴³.

Interpuesto recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sección Segunda dictó Sentencia con fecha 16 de abril de 2002⁴⁴⁴, constatando la violación del artículo 1 del Protocolo número 1 (derecho de propiedad). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que, teniendo la sociedad demandante un crédito contra el Estado debido al IVA indebidamente pagado, por el periodo que mediaba entre el 1 de enero y el 30 de junio de 1978, que debía considerarse un bien patrimonial, en el sentido del artículo 1 del protocolo número 1, la negativa a su devolución supuso la injerencia en los bienes de la demandante que no respondía a las exigencias del interés general, vulnerándose los bienes de la sociedad

⁴⁴² Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 153.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ Cfr. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2003 en igual sentido, relativa a una empresa de corretaje de seguros, asunto *Cabinet Diot y SA Gras Savoye contra Francia*.

demandante de forma desproporcionada, pues tanto el fracaso del crédito que tenía contra el Estado como la ausencia de un procedimiento interno que ofreciera un remedio suficiente para asegurar la protección del derecho al respeto de sus bienes, rompieron el equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y la exigencia de la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Por esta razón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la violación del artículo 1 del Protocolo número 1 ordenando la indemnización del daño moral (para lo que bastaba con la declaración de la violación) y del daño material (mediante el pago de una indemnización equivalente a las sumas de IVA indebidamente ingresadas)⁴⁴⁵.

Aunque las Leyes fiscales son, en principio, causa legítima de la injerencia en los bienes de los ciudadanos, sin embargo, esa injerencia debe mantener un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Por esta razón, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es competente para analizar la constitucionalidad de una Ley o su contradicción con el Derecho Comunitario, labor ésta que corresponde a los órganos nacionales o comunitarios, sin embargo, sí puede determinar si la falta de una reparación adecuada tras la declaración de inconstitucionalidad o de contradicción con el Derecho Comunitario es legítima y proporcionada⁴⁴⁶.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 1950 y sus protocolos consagran como uno de los derechos fundamentales que quedan bajo su ámbito de protección el derecho de propiedad (artículo 1 del protocolo número 1), razón por la cual, toda violación de este derecho mediante una injerencia indebida (bien por la ilicitud de la injerencia misma, bien por la manifiesta desproporción de la indemnización entregada para compensar la citada injerencia) obligará a los Estados no ya a poner fin a la violación, sino también a la eliminación de las consecuencias perjudiciales que tal violación ha causado (restitutio in integrum)⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 153-154.

⁴⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 154.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 154.

Si el artículo 1 del Protocolo garantiza el respeto a los bienes de los ciudadanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera como algo implícito a esa garantía el derecho a una compensación justa cuando se produzca una injerencia indebida en esos bienes, se puede afirmar sin temor a equivocarnos que cuando un ciudadano ha pagado un tributo, en cumplimiento del deber de contribuir que le imponen las Leyes de su país (injerencia debida), su posterior declaración de inconstitucionalidad o de contradicción con el Derecho Comunitario le genera un derecho de crédito que puede hacer valer contra el Estado y que éste está obligado a cumplir (injerencia indebida). Ese derecho de crédito tiene la naturaleza de un bien de los protegidos por el artículo 1 del Protocolo número 1, con contenido patrimonial, por lo que la eventual negativa del Estado a su pago se convertirá en un lesión del citado derecho y, por tanto, en una flagrante violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos)⁴⁴⁸.

Salvo que existan poderosas razones de interés público, concretadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional –que declara la inconstitucionalidad de la norma- o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –que declara la contradicción con el Derecho Comunitario- en orden a limitar los efectos ex tunc de una u otra resolución, el Estado quedará obligado a aquella restitutio in integrum poniendo a disposición de los ciudadanos las cantidades que indebidamente recaudó, actualizadas en el importe de los correspondientes intereses legales. Y para ello pondrá a disposición de los ciudadanos un recurso efectivo a través del cual poder articular la restitución del derecho consagrado y lesionado, sin poder obstaculizar de manera injustificada su uso. Si el Estado incumple sus obligaciones, al ciudadano siempre le quedará interponer, una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴⁹.

5.2. Requisitos por la vulneración del Derecho español al Derecho Comunitario

Alonso García⁴⁵⁰, en un extenso análisis acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de infracción al Derecho Comunitario (a propósito del auto del

⁴⁴⁸ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 154.

⁴⁴⁹ *Ibid.* 154-155.

⁴⁵⁰ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local*, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, pp. 175-187.

Tribunal Supremo de 1 de enero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), sostuvo:

“En el auto y la cuestión prejudicial la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo decidió suspender el proceso entablado por la empresa de Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L. –en adelante, TUSGSAL–, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de enero de 2007, desestimatorio de su solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia del derecho a la deducción del IVA soportado, correspondiente a las subvenciones recibidas por TUSGSAL en los ejercicios 1999 y 2000. El motivo de la suspensión respondía al planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los siguientes términos”⁴⁵¹:

“¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en las Sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una Ley declarada inconstitucional, de aquéllos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho Comunitario?”

El supuesto era, según Alonso García⁴⁵², el siguiente: 1) liquidaciones tributarias de una empresa en materia de IVA; 2) tiempo después, prescritas las acciones para recuperar la sumas ingresadas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta Sentencia, en el marco de un recurso por incumplimiento contra España⁴⁵³, declarado incompatible con el Derecho Comunitario (concretamente, con la Sexta Directiva en materia de IVA) la legislación española que sirvió de base para las referidas liquidaciones (la Ley 37/1992, de 28 de

⁴⁵¹ *Ibíd.*, citando a DO C 128, de 24 de mayo de 2008, pp. 24, revista p, 176.

⁴⁵² *Ibíd.*, pp 175-187.

⁴⁵³ Cfr. *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005 (C-204/03. Cfr. J. CALVO VERGES, Base imponible del IVA en operaciones interiores: Análisis de las subvenciones como concepto integrante de la misma y de su tratamiento en la regla de la prorrata, en torno a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2006. Impuestos La Ley, 2006, I, p, 113 y ss.*

diciembre, del IVA, en su versión modificada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre⁴⁵⁴; 3) a la vista de la citada Sentencia, la empresa reclama ante el Consejo de Ministros la responsabilidad patrimonial por un importe equivalente a las sumas indebidamente ingresadas en la Hacienda Pública, más las sumas que le habrían debido ser devueltas si España no hubiese infringido la Sexta Directiva; 4) el Consejo de Ministros desestima la reclamación argumentando que no concurría uno de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber, la relación de causalidad directa entre la infracción y el daño sufrido por la víctima, al haberse ésta aquietado a las liquidaciones practicadas; 5) la empresa reproduce su reclamación en vía contencioso-administrativa, solicitando en un otrosí el planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a los efectos de que se pronuncie acerca de si el principio comunitario de equivalencia es compatible con la doctrina del Tribunal Supremo, en la que se apoya el Consejo de Ministros, que sienta una diferencia de trato para los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial por Leyes en función de que su contradicción sea con la Constitución o con el Derecho Comunitario, y 6) el Tribunal Supremo decide plantear cuestión prejudicial en los términos ya citados, incluyendo en sus dudas de compatibilidad las exigencias derivadas del principio comunitario de efectividad⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Cfr. Declaró el incumplimiento de España al “prever una prorrata de deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones”.

⁴⁵⁵ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, p 176, agrega: “Inclusión que, ya adelanto, carecía en mi opinión de sentido. En efecto, si la doctrina del Tribunal Supremo sometida a escrutinio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con el auto de 1 de febrero de 2008 consistía en rechazar la extensión del régimen patrimonial por leyes inconstitucionales al terreno de las leyes anticomunitarias para, a continuación, aplicar a éstas el propio régimen comunitario, ¿a qué venía preguntar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los términos en que lo hizo el Tribunal Supremo, si el régimen de responsabilidad respetaba el principio de efectividad? Con otras palabras, si estaba y está claro que, por un lado, el régimen comunitario exige, como veremos, nexo causal entre la infracción y el daño, el cual puede verse debilitado o incluso roto como consecuencia de un comportamiento negligente de la víctima, y, por otro lado, que no resulta contrario al Derecho comunitario, antes al contrario (“en interés de la seguridad jurídica” que protege tanto al contribuyente como a la Administración: Cfr. Asuntos Rewe y Comet, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 1976, 33/76 y 45/76), fijar plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir (y razonable es un plazo de dos meses para recurrir en anulación, como tiene asumido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el plano de la responsabilidad patrimonial de la propia comunidad, donde considera que un sujeto no puede prevalecerse de la acción e responsabilidad para eludir el plazo previsto en el artículo 230 del Tribunal de la Comunidad Europea), ¿a qué venía plantear sin más, como hace el auto, si exigir la impugnación previa en vía administrativa y judicial para poder apreciar la responsabilidad del Estado resulta contrario al principio de efectividad?”.

Acerca de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por Leyes inconstitucionales de naturaleza tributaria, Alonso García⁴⁵⁶, precisó:

“1) Según establece el artículo 139.3 de la LRJAP-PAC, “las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”; y el administrado, según el Tribunal Supremo, no tendría el deber jurídico de soportar los daños y perjuicios derivados de una Ley declarada inconstitucional, por definición antijurídica.

2) Obstáculos a un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de la Ley inconstitucional podrían encontrarse, no obstante, en las doctrinas del acto consentido (por el administrado, como consecuencia del transcurso del plazo para impugnar tales actos de aplicación en vía administrativa o contencioso-administrativa) y del acto confirmado (por los Tribunales, entrando en juego la fuerza de cosa juzgada)⁴⁵⁷.

3) Tales obstáculos, sin embargo, los supera el Tribunal Supremo al considerar que la acción de responsabilidad patrimonial por actividad inconstitucional del Legislador es ajena a cualquier acción que tenga por objeto reaccionar directamente contra los actos de aplicación de la Ley (inconstitucional y, por tanto, antijurídica). Concretamente y según recuerda el auto del Tribunal Supremo, no son equiparables las acciones de reembolso y en su caso de

⁴⁵⁶ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local*, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, p 177. Expresa: “Aunque la doctrina ha llevado a otros terrenos; por citar algún ejemplo reciente, sobre el que volveré, cfr, la STS de 9 de mayo de 2008 (número de recurso 498/2007), en relación con reclamaciones por pase a segunda actividad de funcionarios de policía por cumplimiento de la edad reglamentaria, tras la declaración de inconstitucionalidad (STC 234/1999) de la disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de presupuestos generales del Estado para 1989”.

⁴⁵⁷ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local*, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, p 177. dijo: “6. Plasmada en el artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, según el cual “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

anulación de liquidaciones tributarias, y las acciones de responsabilidad patrimonial “tienen naturaleza distinta y distinto fundamento y, por tanto, distinto tratamiento jurídico”.

4) De ahí que, en relación con la doctrina del acto consentido por el administrado, el Tribunal Supremo considere que “el deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la Ley declarada inconstitucional no puede deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos o por el ejercicio de acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto tributario de liquidación; en efecto, la reclamación [de responsabilidad] es ajena a dichos actos en la medida en que no pretende la nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la Administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la actividad legislativa”.

5) Y en cuanto a la doctrina del acto confirmado por los Tribunales, el Tribunal Supremo consideró asimismo⁴⁵⁸, que “la acción de responsabilidad es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la Sentencia”, dado que “el resarcimiento del perjuicio causado por el Poder Legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada”.

6) Vencidos así los obstáculos del acto consentido y del acto confirmado mediante la reconducción del problema al puro terreno de la acción por responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, la fecha de un año para su ejercicio⁴⁵⁹, comenzaría a correr a partir de la fecha de la publicación de la correspondiente Sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de la Ley”.

⁴⁵⁸ Cfr. Incluso cuando la cosa juzgada deriva del transcurso del plazo para agotar la vía jurisdiccional.

⁴⁵⁹ Cfr. artículo 142 de la LRJAP-PAC.

La doctrina del TJCE sobre la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, por los daños y perjuicios que dicha infracción pudiera ocasionar a los particulares, fue proclamado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por vez primera en el asunto Francovich y Bonfaci (1991)⁴⁶⁰, en el que el Tribunal sentó las bases de un régimen claramente objetivo, presidido por la mera *infracción lesiva* de los *derechos de los particulares* mediando *nexo causal* entre el daño y el perjuicio⁴⁶¹.

Considerado el principio como “inherente al sistema del Tratado” que derivaría a su vez de otros dos principios, el de la plena efectividad del Derecho Comunitario (incluida la plena protección de los derechos conferidos a los individuos) y el de cooperación leal de los Estados miembros para con la Comunidad (artículo 10 del Tratado de las Comunidades Europeas)⁴⁶², el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó oportuno en *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (1996)⁴⁶³, reforzar su fundamento destacando su naturaleza de “expresión del principio general conocido en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”, obligación ésta que alcanzaría a las autoridades públicas por “los daños causados en el ejercicio de sus funciones”.

Como dijo Alonso García⁴⁶⁴, “no son del todo correctos los términos en que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial en su auto de 1 de febrero de 2008⁴⁶⁵; lo que realmente le suscitó dudas fue el alcance del principio de preferencia (y no de equivalencia), y la compatibilidad con el mismo de su doctrina de rechazo a extender el régimen de responsabilidad patrimonial por Leyes inconstitucionales al terreno de las Leyes

⁴⁶⁰ Cfr. STJCE de 19 de noviembre de 1991 (C-6 y 9/90).

⁴⁶¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local*, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, ob, cit, pp. 177-187

⁴⁶² Cfr. Según el cual: “Los estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

“Los estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.”.

⁴⁶³ Cfr. STJCE de 5 de marzo de 1996 (C-46 y 48/93).

⁴⁶⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local*, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, ob, cit, p 177-187

⁴⁶⁵ Cfr. Espoleado, también dicho sea de paso, por el poco rigor conceptual del propio TJCE al abordar el margen de maniobra de los regímenes nacionales de responsabilidad patrimonial en el contexto de infracciones del Derecho comunitario....

anticomunitarias (pues se insiste, mientras que el principio de equivalencia se refiere a la aplicación de reglas nacionales en ausencia o insuficiencia de reglas comunitarias, el principio de preferencia concierne al desplazamiento de reglas comunitarias por reglas nacionales más favorables para el administrado)”).

En el asunto *Brasserie*, el TJCE abordaría expresamente la cuestión de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho Comunitario, declarando:

“el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al Legislador nacional”⁴⁶⁶.

Ante la disparidad de regímenes de responsabilidad patrimonial por actividad legislativa en función de que el canon de control sea la Constitución o el Derecho Comunitario, se impone la determinación de cuál resulte más favorable, en términos sustantivos, para el administrado: en el caso de ser más favorable el nacional, será éste el que deba aplicarse en virtud del principio de preferencia; de lo contrario, será el Comunitario en virtud de su naturaleza subsidiaria⁴⁶⁷.

En suma, en el Derecho Comunitario es posible obtener el resarcimiento por parte de los Estados miembros siempre que concurren tres elementos: (i) violación suficientemente caracterizada de una norma de superior jerarquía, (ii) que la misma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, y (iii) que exista una relación de causalidad directa entre la norma que está en el origen del perjuicio y este. Acreditados estos tres requisitos, es procedente el reconocimiento de los daños y perjuicios, tanto materiales como morales.

⁴⁶⁶ Cfr. Así derivaría no sólo de la naturaleza misma del principio (“expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado”), sino de “la exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que constituye la aplicación uniforme del Derecho comunitario”, en virtud de la cual “la obligación de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales” (FJ 29 y 33)..

⁴⁶⁷ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local*, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, ob, cit, pp. 177-187

5.3. Requisitos en el Derecho colombiano

Respecto a este complejo problema se ha escrito una gran cantidad de líneas. A modo de ejemplo, la doctrina⁴⁶⁸ dedica un estudio completo sobre el tema; no obstante los únicos casos hasta ahora resueltos en Colombia, se decidieron por el Consejo de Estado a través de las Sentencias del 25 de agosto⁴⁶⁹, el 8 de septiembre de 1998⁴⁷⁰ y 19 de octubre de 2000⁴⁷¹, en las que reconoció el pago de los perjuicios reclamados.

El sistema que origina el daño para nuestro caso puede ser considerado como dual, porque la responsabilidad legislativa se deriva de Leyes constitucionales e inconstitucionales. En las primeras, la responsabilidad deriva de actuaciones legítimas y legales en las que se produce un daño económico singular y anormal, acaecido de manera extraordinaria. En las segundas, se imputaría la responsabilidad en aquéllos casos en que el daño se derive de la aplicación una Ley posteriormente declarada inconstitucional, es decir la Ley ha sido infractora del derecho, también llamada la antijuridicidad del daño.

El Consejo de Estado⁴⁷², hace una exposición sobre la noción de daño antijurídico como presupuesto básico de la evaluación de responsabilidad de los entes estatales.

El daño antijurídico fue definido por el Consejo de Estado⁴⁷³; luego por la Corte Constitucional⁴⁷⁴, así:

“Daño antijurídico es aquél que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”.

⁴⁶⁸ Cfr. HENAO, Juan Carlos. *EL DAÑO. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y francés*. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C. 1998 345p.

⁴⁶⁹ Consejo de Estado. Expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros.

⁴⁷⁰ Consejo de Estado. Expediente IJ- 002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

⁴⁷¹ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de octubre de 2000. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13.945. Actor: Elvira Luzardo de Parada y otro Vs. Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴⁷² Cfr. Consejo de Estado. Sent. 14 de septiembre de 2000. Exp. 12.166. Actor. Eduardo López Piedrahita. C. P. María Helena Giraldo G.

⁴⁷³ Cfr. Consejo de Estado. Sent. 13 de julio de 1993. M.P. Dr. Juan Montes.

⁴⁷⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sent. C-333 Agosto 1 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez C.

Para Saavedra Becerra⁴⁷⁵,

“...podría entenderse que los daños que no se tiene el deber jurídico de soportar “de acuerdo con la Ley son aquéllos que expresamente la Ley no obliga a padecer y, además, todos aquéllos que puedan ser objetivamente imputables al sujeto que los ha causado. Estos son, por tanto, los requisitos que determinan la antijuridicidad del daño, o lo que es lo mismo, los que convierten un daño en jurídicamente relevante.

Ahora bien, para que exista el daño y se considere indemnizable no basta solo con que sea antijurídico, pues para que surja el deber de indemnizar el daño causado el Derecho positivo exige todavía tres requisitos más: que el daño sea efectivo, avaluable económicamente e individualizable con relación a una persona o grupo de personas”.

Frente a esta concreta realidad, el interrogante a resolver es este: ¿cuál es el tipo de daño que la Ley no obliga a padecer?:

La respuesta no es fácil y deja un amplio margen al que deba aplicarla, porque se requiere que la Ley rompa el proporcional equilibrio, que ocasione un daño evaluable económicamente a una persona que no tenga el deber jurídico de soportarlo. Ese sacrificio especial, no está definido en la Ley colombiana; la jurisprudencia se ha abstenido de clasificarlo y la doctrina no lo ha mencionado.

En consecuencia, será el juez quien evalúe cuáles son los daños que el ciudadano está obligado a soportar, porque cada caso ocurre en unas circunstancias de tiempo, modo y lugar que hacen totalmente imprevisible entrar a definir y clasificar en forma precisa, las citadas cargas, fundamentados en las decisiones que hasta la fecha ha adoptado el Consejo de Estado; sería una irresponsabilidad de nuestra parte entrar a delimitar unas cargas, que eviten la compensación indemnizatoria.

⁴⁷⁵ Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Ob. Cit.* pp. 712.

En suma, las limitaciones a los derechos ciudadanos que impliquen para las personas un sacrificio patrimonial, singular, que ocasione un daño, debieran ser definidas por la Ley y precisadas por la jurisprudencia, según valoración que haga el juez de cada caso que conozca. Es allí donde la doctrina es determinante, ya que el demandante tiene la carga de probar el daño y por ello es quien coloca a consideración del juez un caso y éste decide, aplicando la argumentación que se ajuste a la sana crítica, luego evaluará si el daño era de los que debía soportar o por el contrario excedía claramente los límites propios del curso normal de la vida; todo al amparo de la constitucionalización de “*la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado*”⁴⁷⁶.

La regulación constitucional del daño antijurídico, es un instrumento jurídico indispensable para conseguir el equilibrio en las actuaciones de todas las autoridades colombianas en el pretendido Estado Social de Derecho (Constitución Política de Colombia, art. 1).

Como consecuencia de un daño antijurídico derivado de la función legislativa, se pueden causar a las personas distintos tipos de perjuicios y las víctimas poseen el derecho a obtener una reparación integral, tal y como lo consagra expresamente el Ordenamiento jurídico colombiano en la Ley 446 de 1998.

5.3.1. Requisitos materiales

5.3.1.1. El daño

Debemos destacar que, no obstante la entrada en vigor en 1991 de un nuevo régimen constitucional, sólo hasta 1998, con la promulgación del artículo 16 de la Ley 446 de ese año, se logra la consagración legislativa del principio de reparación integral, según el cual la totalidad de los daños causados a las personas deben ser reparados.

⁴⁷⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sent. C-038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

Dice la norma: “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Sin embargo, en las Sentencias dictadas por el Consejo de Estado el 25 de agosto⁴⁷⁷, el 8 de septiembre de 1998⁴⁷⁸ y 19 de octubre de 2000⁴⁷⁹, no se reconocieron los daños derivados de la alteración grave de las condiciones de existencia, que se deben reconocer a quienes hayan soportado sus daños derivados de la función legislativa, porque los demandantes no los solicitaron.

5.3.1.1.1. Daños materiales

Son aquéllos que tienen repercusión en el patrimonio de las personas. Se clasifican en daño emergente y lucro cesante, definidos por el Código Civil Colombiano, en el artículo 1614: Daño emergente y Lucro Cesante, perfectamente aplicables en los casos de responsabilidad legislativa. Están definidos en la citada normativa así:

“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfecta, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente o retardado su cumplimiento”.

El Consejo de Estado⁴⁸⁰, ha precisado sobre el daño emergente:

⁴⁷⁷ Consejo de Estado. Expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros.

⁴⁷⁸ Consejo de Estado. Expediente IJ- 002. Actores: Leonor Judith Fandiño de Tarazona y otros.

⁴⁷⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de octubre de 2000. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Exp. 13.945. Actor: Elvira Luzardo de Parada y otro Vs. Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴⁸⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia, agosto 30 de 2007. Expediente 1997-03201. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

“Lo anterior le produce al lesionado profundos dolores y dificultad para el desplazamiento. Con lo cual se tiene establecido el carácter cierto del daño, consistente, en este caso, en las secuelas de la salud de la víctima como consecuencia de la lesión producida por la entidad pública demandada y que deberán ser atendidas médicamente cuando las condiciones de salud del lesionado así lo demanden, lo cual sin duda le generará erogaciones pecuniarias –perjuicio- que de no ser por el daño sufrido, no tendrá la necesidad de sufragar.

Por lo tanto, en aras de la reparación integral del daño, la Sala Condenará a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por concepto de daño emergente futuro a prestarle al señor Daniel Rodrigo Ibáñez Méndez la atención hospitalaria y médico – quirúrgica que éste requiera, así como los medicamentos que necesite, para mantener o recuperar la salud, cuando quiera que las secuelas de la lesión sufrida el 18 de marzo de 1995 así lo demanden (...).”.

El Consejo de Estado⁴⁸¹, acerca del lucro cesante, dijo:

“Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva. De manera que, por tratarse este extremo de un asunto que toca con el rubro del lucro cesante, será abordado inmediatamente después de cuantificado el daño emergente. Empero, lo que sí constituye lucro cesante –como líneas atrás se explicó- son los salarios y prestaciones sociales que el señor Audy Hernando Forigua Panche dejó de percibir como consecuencia de su desvinculación de la Policía Nacional, derivada de la medida cautelar de detención preventiva de la que fue objeto. De la relación de causalidad entre el hecho dañoso –la medida cautelar en mención- y el perjuicio irrogado –la inicial suspensión en el empleo y posterior desvinculación definitiva del mismo, con la consecuente imposibilidad de continuar devengando salarios y prestaciones- no queda la menor duda, pues así se desprende con claridad de la hoja de vida del señor Forigua Panche, remitida con destino a este proceso por la Policía Nacional, en la cual se observa que la causal

⁴⁸¹ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia, diciembre 4 de 2006. Expediente 1994-09817. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

de retiro del servicio fue precisamente, “existir en su contra detención preventiva que excede de 60 días”, causal de retiro consagrada en la letra l) del artículo 24 del Decreto 2247 de 1984, estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, vigente para la época en que ocurrieron los hechos (...)”.

Estas modalidades de daño, pueden ser reconocidas a las víctimas en los casos de responsabilidad del Estado legislador, en los términos que consagra la Ley y la jurisprudencia, citadas.

5.3.1.1.2. Daños morales

Se fundamentan en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, que dice:

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

La doctrina, divide los daños morales en: daños morales y daños subjetivos. Los primeros que afectan la parte íntima del ser y los segundos, además del efecto íntimo, producen una confusión extrema que influye en asuntos laborales y económicos. La cuestión de hasta qué punto la responsabilidad legislativa puede dar origen al reconocimiento de este tipo de daños, vincula la propia identidad de la indemnización y de la realidad que las víctimas viven, es algo imprescindible en el reconocimiento de daños, puesto que cualquier decisión que tome el juez deberá estar dirigida a la indemnización integral a la víctima.

El Consejo de Estado⁴⁸², señaló refiriéndose al daño moral:

“(…) El perjuicio moral se conoce en la jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera, como ‘pretium doloris o precio del dolor’ y hay lugar a indemnizarlo. La Sala ha dicho, en Sentencia 12166 proferida el día 14 de septiembre de 2000, que la muerte no es la

⁴⁸² Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia octubre 18 de 2000. Expediente 11948, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

única fuente de reconocimiento del perjuicio moral y, por tanto, ha condenado a indemnizarlo por la lesión personal propia, de familiares cercanos o de damnificados. Tratándose de lesiones físicas ha diferenciado, en materia probatoria, las graves de las leves. En primer caso, lesiones graves, ha sostenido: -respecto a la víctima, que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral. –En lo que atañe con las víctimas indirectas – en este caso, compañeros e hijos –, tienen derecho a la indemnización del perjuicio causado por lesión grave de su pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, la lesión grave y, en segundo lugar, el parentesco. La jurisprudencia infiere de estos hechos, demostrados plenamente, que los actores padecieron dolor moral. En el segundo caso, es decir, indemnización por perjuicios morales ocasionados por lesiones ‘leves’, deben distinguirse las siguientes situaciones: -para la víctima directa: una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física, así sea leve, quien la soporta padece con ella; pero –para las víctimas indirectas – como en este caso damnificado – es necesario demostrar la lesión leve, el vínculo de afecto (que se es damnificado) y además que aquella lesión les produjo dolor moral; en este tipo de lesión, la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos hechos primeramente mencionados. Como en este caso se demostraron los supuestos de hecho relativos a la procedencia de indemnización de perjuicios morales por lesiones físicas graves de parientes, etc., habrá lugar a condenar a indemnizarlos. Se estableció de una parte, la lesión grave sufrida por la actora; de otra, el parentesco de hijo respecto de aquella (...)”.

5.3.1.1.3. Daños derivados de la alteración grave de las condiciones de existencia

En la antigua acción de reparación directa⁴⁸³, hoy control de reparación directa⁴⁸⁴ según se

⁴⁸³ Cfr. Código Contencioso Administrativo. Acción de reparación directa. ARTÍCULO 86. Modificado por el art. 16, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 31, Ley 446 de 1998. Ver el art. 13, Ley 1285 de 2009.

⁴⁸⁴ Cfr. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya

haya solicitado por las víctimas, se han indemnizado los daños materiales e inmateriales. Sobre los materiales como vimos no ha existido discusión, a diferencia de los inmateriales en los que no desaparecen las diferencias de criterio sobre la cuantía, las pruebas y la denominación del daño⁴⁸⁵.

El perjuicio inmaterial en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha tenido la siguiente evolución:

De 1993 al 2000, se denominó daño fisiológico, porque se concentraba en los perjuicios físicos⁴⁸⁶ porque quebrantan la vida, que la hacían más placentera, como la invalidez o la pérdida de órganos.

Del 2000 al 2007, el Consejo de Estado⁴⁸⁷, lo transformó a daño a la vida de relación, porque se valoraban las consecuencias sociales y psicológicas del daño. Señaló que es inadecuado llamarlo daño fisiológico, también denominado extrapatrimonial, porque se sufre por la víctima directa del daño o por personas cercanas a ella, no sólo la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino de actividades rutinarias que no se pueden realizar o requieren de un gran esfuerzo.

En los términos que se pronunció la Corte Constitucional⁴⁸⁸, no queda ninguna duda sobre la procedibilidad de que las demandas que se instauren ante el contencioso administrativo, en las que se ventilen acciones u omisiones del Legislador, se apliquen los mismos criterios que hasta la fecha ha señalado el Consejo de Estado, sin olvidar que la solución de cada asunto,

obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

⁴⁸⁵ Cfr. *Ámbito Jurídico*, 17 al 30 de octubre de 2011. pp. 8.

⁴⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sent. 6 de mayo de 1993. C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta.

⁴⁸⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sent. 19 de julio de 2000. C. P. Dr. Alíer Hernández.

⁴⁸⁸ Cfr. Sentencia C-038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

depende únicamente de las específicas circunstancias, teniendo en cuenta que el cambio de jurisprudencia implica una carga argumentativa superior a la de los casos rutinarios⁴⁸⁹.

Por tanto, el daño antijurídico o sacrificio económico singular y anormal, acaecido de manera extraordinaria, derivado de la aplicación de Leyes constitucionales e inconstitucionales, según la Ley, la jurisprudencia y la doctrina colombianas debe ser indemnizado integralmente; todo depende del título de imputación que se aplique en cada caso.

El Consejo de Estado⁴⁹⁰, sobre el daño a la vida de relación, expresó:

“...el daño a la vida de relación como aquél que rebasa la parte íntima de la persona y le afecta su relación con el exterior, entendida ésta no necesariamente desde el punto de vista de las relaciones sociales, sino, como se sostuvo en la Sentencia del 19 de julio de 2000, en sus relaciones con las cosas del mundo externo, pudiendo afectar aún los actos de carácter individual pero exteriores al individuo, ya que se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior, dado que el que afecta la vida interna, espiritual, será siempre moral. El daño a la vida de relación fue reconocido por la jurisprudencia de esta Corporación a partir del año 1993 como un daño extrapatrimonial, distinto del moral y material, y en principio se le consideró como la pérdida de la posibilidad de realización de actividades lúdicas, que como consecuencia del daño sufrido se tornaban difíciles o imposibles de ejecutar (perjuicio de agrado) y posteriormente se extendió a todos los casos de privación o alteración de la realización de cualquier actividad, no necesariamente de carácter placentero, suprimiéndose la calificación de fisiológico para adoptar la más comprensiva de daño a la vida de relación y aceptándose en todos los casos de detrimento a un bien jurídicamente tutelado, trátase de la vida, la integridad personal, la honra, el patrimonio económico, etc. El reconocimiento de esta clase de daños estuvo signado por el propósito de resarcir en forma integral a la víctima en relación con todos y cada uno de los bienes jurídicos afectados y se sustentó inicialmente en las disposiciones del Código Civil (art. 2.341) encontrando posteriormente su fundamento

⁴⁸⁹ Cfr. HART, H.L.A.; DWOKING, Ronald. *La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworking*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de Los Andes. 3ª Reimpresión. Bogotá, 2000. pp. 69.

⁴⁹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 10 de agosto de 2005, Expediente 1997-00448, Consejera ponente: María Elena Giraldo.

legal en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991 y en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que enseña que en cualquier proceso adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, (...) la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral (...)."

Del 2007 al 2011, según el Consejo de Estado, adquirió la calificación de alteración grave de las condiciones de existencia, que son diferentes al daño moral, porque allí se valora la afectación de la vida personal y social de la víctima y como consecuencia del daño se pueden ocasionar perjuicios psicológicos, físicos y sociales. La denominación de alteración grave a las condiciones de existencia, persiste hasta la fecha de presentación de la presente memoria, según lo ha enfatizado el Consejo de Estado⁴⁹¹.

Surge entonces un interrogante: ¿de qué modo podríamos suponer la existencia de alteraciones graves a las condiciones de existencia derivadas de la acción u omisión de la Ley?

Para Moreno Fernández⁴⁹²: "Existe un principio general –nacional e internacional- de responsabilidad extracontractual de los Estados que les obliga a reparar los daños provocados a los ciudadanos como consecuencia de su indebida o ilícita actuación con independencia de que la misma proceda de su Poder Ejecutivo, de su Poder Judicial o incluso de su Poder Legislativo".

Así las cosas, si el Ordenamiento jurídico colombiano tiene prevista la reparación integral del daño⁴⁹³, y así lo ha reconocido el juez administrativo cuando sus causas han sido acciones u omisiones de otras autoridades distintas al Legislador, en igual sentido debe proceder cuando los daños hayan sido provocados como consecuencia de acciones u omisiones derivadas de la actividad legislativa.

⁴⁹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17396, mayo 4 de 2011, Consejero Ponente Danilo Rojas; Sentencias 19031 de mayo 9 de 2011 y 38222 de junio 8 de 2011, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

⁴⁹² Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, España, pp. 23.

⁴⁹³ Cfr. Ley 446 de 1998. Art. 16.

Esta realidad, apoyada en la previsión constitucional del daño antijurídico, en armonía con la disposición legal de la reparación integral a las víctimas, permite concluir que es viable el reconocimiento de las diferentes modalidades de daños derivados de la actividad legislativa del Estado, en su conjunto.

5.4. Formales

5.4.1. La vía procedente o de acción

De conformidad con lo expuesto por Moreno Fernández⁴⁹⁴, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tendrán fuerza ejecutiva⁴⁹⁵, razón por la cual operan como títulos ejecutivos⁴⁹⁶, cuya ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio ha de llevarse a cabo. Si el Estado correspondiente no designase la autoridad que debe llevar a cabo la ejecución, el interesado podrá promover la ejecución forzosa conforme al Derecho interno, recurriendo directamente al órgano competente⁴⁹⁷.

Si el recurso fuese fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno, el acto impugnado⁴⁹⁸. La institución de la que emane el acto anulado o cuya omisión haya sido declarada contraria al Tratado, estará obligada a adoptar las medidas necesarias para

⁴⁹⁴ *Ibid.*, pp. 265.

⁴⁹⁵ Cfr. Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 244. Las sentencias del Tribunal de Justicia tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 256.

⁴⁹⁶ Cfr. Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 256. Párrafo 1º. Las decisiones del Consejo o de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados serán títulos ejecutivos. Artículo 256. Párrafo 2º. La ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo. La orden de ejecución será consignada, sin otro control que el de la comprobación de la autenticidad del título, por la autoridad nacional que el Gobierno de cada uno de los Estados miembros habrá de designar al respecto y cuyo nombre deberá comunicar a la Comisión y al Tribunal de Justicia.

⁴⁹⁷ Cfr. Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 256. Párrafo 3º. Cumplidas estas formalidades a instancia del interesado, éste podrá promover la ejecución forzosa conforme al Derecho interno, recurriendo directamente al órgano competente.

Artículo 256. Párrafo 4º. La ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia. No obstante, el control de la conformidad a Derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales.

⁴⁹⁸ Cfr. Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 231. Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.

la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia⁴⁹⁹, ello, claro está, sin perjuicio de que – por la responsabilidad extracontractual- deba reparar los daños causados en el ejercicio de sus funciones⁵⁰⁰.

Cualquier parte puede solicitar la rectificación de los errores de transcripción o cálculo, así como las inexactitudes evidentes, en el plazo de las dos semanas siguientes a partir de que la Sentencia haya sido pronunciada⁵⁰¹, o la aclaración –interpretación- de la Sentencia⁵⁰². También se puede instar la revisión de una Sentencia cuando aparezcan hechos nuevos que puedan tener una influencia decisiva sobre un asunto ya resuelto, pero que era desconocido al momento de dictarse la Sentencia cuya revisión se insta tanto por el Tribunal como por la parte⁵⁰³. El plazo para instar la revisión es el de los tres meses siguientes al del reconocimiento del hecho descubierto⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ Cfr. Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 233. *La institución o las instituciones de las que mane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria al presente Tratado, estarán obligadas a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. Esta obligación se entiende sin perjuicio de la que pueda resultar de la aplicación del segundo párrafo del artículo 288.*

El presente artículo se aplicará igualmente al BCE.

⁵⁰⁰ Cfr. Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 288. *La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.*

En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

El segundo párrafo se aplicará en las mismas condiciones a los daños causados por el Banco Central Europeo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad personal de los agentes ante la Comunidad se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable.

⁵⁰¹ Cfr. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Artículo 66 § 1. *Sin perjuicio de las disposiciones relativas a la interpretación de las sentencias, los errores de transcripción o de cálculo, así como las inexactitudes evidentes, podrán ser rectificadas por el Tribunal, de oficio, o a instancia de parte, si esta petición se formula en el plazo de dos semanas a partir de que la sentencia se haya pronunciado.*

⁵⁰² Cfr. Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Artículo 43. *En caso de duda sobre el sentido y el alcance de una sentencia, corresponderá al Tribunal de Justicia interpretar dicha sentencia, a instancia de la parte o de la institución de la Unión que demuestre un interés en ello.*

⁵⁰³ Cfr. Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Artículo 44. *La revisión de la sentencia sólo podrá pedirse al Tribunal de Justicia con motivo del descubrimiento de un hecho que pueda tener una influencia decisiva y que, antes de pronunciarse la sentencia, era desconocido por el Tribunal de Justicia y por la parte que solicita la revisión. El procedimiento de revisión exigirá una sentencia del Tribunal de Justicia, en la que se hará constar expresamente la existencia de un hecho nuevo del que se reconoce que posee los caracteres que dan lugar a la revisión, declarando por ello admisible la demanda. No podrá presentarse ninguna demanda de revisión transcurridos diez años desde la fecha de la sentencia.*

⁵⁰⁴ Cfr. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Sección Segunda — De la revisión. Artículo 98. *La revisión sólo podrá solicitarse dentro de los tres meses siguientes a partir del día en que el demandante tuviere conocimiento del hecho en que se funde su demanda de revisión.*

Según Moreno Fernández⁵⁰⁵, si el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁰⁶ garantiza el derecho a la propiedad, de tal manera que “nadie puede ser privado de su propiedad más por causa de utilidad pública, en los casos previstos en la ley”, no cabe duda de que cuando la norma que justifica y ampara la obligación de pago de un tributo, es declarada contraria al Derecho comunitario, pierde no sólo la causa que la justificaba, sino también la legitimación que habilitaba a los poderes públicos a usar sus potestades para la exigencia del cumplimiento de aquélla obligación.

Debe subrayarse, de un lado, que los derechos reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –y, entre ellos, el derecho de propiedad- sólo podrán ser objeto de limitaciones “cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general⁵⁰⁷”, y, de otro, que el disfrute de esos derechos “genera responsabilidades y deberes⁵⁰⁸”, para los Estados miembros, eso sí, “cuando apliquen el Derecho de la Unión⁵⁰⁹”.

Precisó el autor⁵¹⁰, “si las Directivas comunitarias (como los Reglamentos y las Decisiones) forman parte de aquél “Derecho de la Unión”, su transposición incorrecta o su

⁵⁰⁵ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 266-267.

⁵⁰⁶ Cfr. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 17. Derecho a la propiedad.

1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

2. Se protege la propiedad intelectual.

⁵⁰⁷ Cfr. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 52.1 Alcance de los derechos garantizados

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

⁵⁰⁸ Cfr. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Preámbulo. El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones..

⁵⁰⁹ Cfr. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 51. Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

⁵¹⁰ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 266-267.

ausencia de transposición temporánea, en la medida en que obligue a los ciudadanos al pago de un tributo de forma ilegal (por indebido o por excesivo), como sucedió, por ejemplo, con la excepción para las operaciones de corretaje de seguros en Francia y Alemania o con la base de la deducción del IVA en España, generará una injerencia indebida en un Derecho fundamental garantizado por el Derecho Comunitario, el derecho de propiedad⁵¹¹, que activará en su caso, el mecanismo previsto en el artículo 235⁵¹² (demanda de reparación de daños), como consecuencia de la obligación de reparación de daños causados por la Comunidad (en el buen entendido que este término incorpora tanto a las instituciones y órganos comunitarios, como a los propios Estados miembros) derivada de la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 288⁵¹³.

Concluyó Moreno Fernández⁵¹⁴: “Ese derecho a la reparación podrá articularse directamente ante el Tribunal de Primera instancia (con casación ante el Tribunal de Justicia), si el daño se ha causado pero no se ha declarado aún el incumplimiento o violación del Derecho Comunitario por parte del Estado, o ante los órganos nacionales correspondientes, si la violación del Derecho Comunitario ya hubiese sido declarada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Eso, sí, no debe olvidarse que las acciones de responsabilidad extracontractual prescriben “a los cinco años de producido el hecho” que la motivó⁵¹⁵”.

⁵¹¹ Cfr. *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 17. Derecho a la propiedad.*

1. *Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.*

2. *Se protege la propiedad intelectual.*

⁵¹² Cfr. *Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 235. El Tribunal de Justicia será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el segundo párrafo del artículo 288.*

⁵¹³ Cfr. *Tratado de la Comunidad Europea. Artículo 288. La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.*

En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

El segundo párrafo se aplicará en las mismas condiciones a los daños causados por el Banco Central Europeo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad personal de los agentes ante la Comunidad se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable.

⁵¹⁴ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 266-267.

⁵¹⁵ *Ibíd.*, pp. 266-267 Dice: *El cómputo del plazo de prescripción de interrumpe “bien mediante demanda presentada ante el Tribunal de Justicia, bien mediante reclamación previa, que el damnificado podrá presentar a la institución competente de las Comunidades”. Esa reclamación previa se interpondrá, al igual que el recurso*

“Por poner un ejemplo debemos recordar que el Tribunal Supremo ha condenado al Estado español al pago de una indemnización como consecuencia de la indebida transposición del Derecho Comunitario, concretamente, en materia de transmisión de señales de televisión (caso Canal Satélite Digital)⁵¹⁶”.

5.4.1.1. Control de reparación directa

Prevista en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵¹⁷, norma que permite las reclamaciones de perjuicios derivados de acciones u omisiones del ejercicio de la actividad legislativa, conforme lo había señalado la Corte Constitucional en Sentencia 038 de 2006, al estudiar la constitucionalidad del entonces vigente artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Precisó en esa época el tribunal constitucional⁵¹⁸:

“...de conformidad con el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa esta es la vía judicial procedente para reclamar la reparación de los daños antijurídicos imputable al hecho del Legislador⁵¹⁹”.

de anulación del artículo 230 del TCE, en el plazo de dos meses.

⁵¹⁶ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *ob. cit.*, pp. 267 precisa: El Tribunal Supremo español mediante Sentencia del 12 de junio de 2003 (RJ 2003, 8844), condena a la Administración del Estado al pago de 26.445.281.37 Euros como indemnización por los daños y perjuicios causados a “Canal Satélite Digital” por la responsabilidad del Estado-legislador derivada de una indebida transposición del Derecho Comunitario, considera la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, en primer lugar, que la norma vulnerada tenía por objeto conferir derechos a los particulares; en segundo lugar, que existía un nexo de causalidad directa entre el actuar del Estado español, la infracción del Derecho comunitario y el resultado dañoso producido. Y con base en estas consideraciones condena al Estado al pago de los daños causados a la operadora de televisión digital, tanto por el daño emergente derivado de los costes adicionales al efectuar las emisiones (que se tuvieron que efectuar desde Luxemburgo) como por el lucro cesante derivado de la pérdida de ingresos, derivados a su vez de la pérdida de clientes (como consecuencia de la preferencia otorgada a los decodificadores “multicrypt” y por la necesidad de obtener la inscripción y la certificación).

⁵¹⁷ Cfr. Ley 1437 de 2011, Artículo 140, citado, en vigor en Colombia a partir del 2 de julio de 2012. Modificó la antigua normativa Decreto 01 de 1984, artículo 86.

⁵¹⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sent. C-038/06. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de quince de mayo de 2003, C. P. Alier Hernández Enríquez, Rad. 76001-23-31-000-2002-1912-01(23245)

Agregó la Corte: “dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa está comprendida la responsabilidad proveniente de hechos u omisiones imputables al Poder Legislativo, es decir, la así denominada responsabilidad del Estado legislador⁵²⁰”.

5.5. Principio de reparación integral

Según lo previsto por el artículo 16 de la ley 446 de 1998⁵²¹, este principio constituye la garantía de la responsabilidad estatal en Colombia porque se busca que el Estado, a través de los fallos judiciales, pueda restituir a las víctimas en la totalidad de los daños; por supuesto, el juez deberá conocer y controlar la magnitud del daño a la hora de definir su indemnización.

Acerca de la reparación integral, puntualizó el Consejo de Estado⁵²²:

“Al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad de las personas y de bienes jurídicos que por lo general son de difícil cuantificación económica; por lo tanto, es de mayúscula importancia que a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración y al mismo tiempo una labor de pedagogía a fin de que aquéllas no vuelvan a presentarse. Además, la reparación de los daños no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica, es importante que el juez, además, adopte medidas –en cuanto su ámbito de competencia lo permita- a través de las cuales las víctimas queden efectivamente indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen la confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse. Sólo una reparación que se adelante bajo estos presupuestos puede entenderse como una materialización del principio de reparación integral del daño...”.

⁵²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de quince de mayo de 2003, C. P. Alíer Hernández Enríquez, Rad. 76001-23-31-000-2002-1912-01(23245)

⁵²¹ Cfr. Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales. Exequible Sentencia Corte Constitucional C-114-99

⁵²² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 30 de agosto de 2007, expediente 1997-3201, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

5.6. Reflexiones al presente capítulo

En una visión puramente administrativista, se muestra que los derechos de las víctimas han alcanzado reconocimiento internacional. En Colombia, el artículo 93 de la Constitución Política⁵²³, reconoce primacía a los tratados internacionales sobre derechos humanos, porque las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y libertades⁵²⁴.

Así las cosas, a pesar de que no se han planteado nuevas teorías en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado derivada de las actuaciones legislativas, es preciso señalar que las víctimas tendrán derecho a que se les repare integralmente la totalidad sus daños y perjuicios, que van más allá del daño emergente y el lucro cesante, porque se requiere considerar a la persona integralmente, teniendo en cuenta que el ser humano está compuesto de cuerpo, alma y espíritu⁵²⁵, considerado el cuerpo como la parte física y el alma como el asiento de las emociones; los daños y perjuicios que se ocasionan al cuerpo involucran también el alma, y es por ello que el juez en sus sentencias está en la obligación de reconocer también los daños morales y los perjuicios derivados de la alteración grave de las condiciones de existencia cuando ese perjuicio se derive de un daño provocado por una Ley o una norma con rango de Ley.

Es preciso señalar que hasta la fecha no se han proferido Sentencias por parte del Consejo de Estado colombiano en las que se hayan reconocido daños y perjuicios como

⁵²³ Cfr. Constitución Política de Colombia Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁵²⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁵²⁵ Cfr. La Biblia de Las Américas. Edit. Foundation Publications Anaheim, California 92817, 1997, Estados Unidos de América, p. 1654, Primera Epístola del Apóstol San Pablo a Los Tesalonicenses, Capítulo 5, versículo 23: “Y que el mismo Dios de paz os santifique por completo; y que todo vuestro ser, espíritu, alma y cuerpo, sea preservado irreprochable para la venida de nuestro Señor Jesucristo”.

consecuencia de la alteración grave de las condiciones de existencia derivados de la actividad del Legislador, aun cuando existe en Colombia el fundamento legal para dicho reconocimiento. Justamente, nuestra propuesta apunta a que es deber del juez evaluar este aspecto con miras a que se logre la reparación integral de la víctima en los términos que la Ley establece.

En lo que respecta a la violación del Derecho Comunitario, ni Moreno Fernández⁵²⁶, en sus estudios del Derecho francés, ni Alonso García⁵²⁷, en sus análisis del Derecho español, plantean los nuevos desafíos de la teoría de la responsabilidad del Estado legislador que busquen ser acogidos por el juez comunitario.

El siguiente paso en este asunto, apunta a que se hace necesario establecer principios y directrices muy coordinadas para garantizar la equidad, el bienestar y desarrollo de las víctimas directas e indirectas como consecuencia de las Leyes que causan daños, cuyos pagos nacerán del presupuesto general de la Nación. Pero quizá, lo más interesante es la consideración que incorpora la reparación integral como una normativa que deberá aplicarse en todos los casos en que los poderes públicos por acción u omisión causen daños.

Así mismo, no se advierte que exista una propuesta novedosa que busque plantear la necesidad de que el Derecho Comunitario tome en cuenta si el Legislador debe acertar en la técnica de elaboración de las Leyes y si los montos que actualmente reconoce el juez comunitario indemnizan a las víctimas en forma integral, reconociendo sumas acordes con los daños y perjuicios sufridos, no sólo los daños y perjuicios materiales, sino también los inmateriales que como lo hemos dejado explicado involucran de manera directa al ser humano en forma integral, como lo proponemos para las futuras Sentencias que profiera el Consejo de Estado colombiano.

⁵²⁶ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado- Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, ob, cit, pp. 138.

⁵²⁷ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Cuadernos de derecho local, Fundación democracia y gobierno local*, Edición No. 19, 19 de febrero de 2009, pp. 177.

En todo caso el Derecho Administrativo está en constante evolución y ello ha de considerarse siempre en la normatividad que se articula en cada país, que debe ser de clara tendencia a que las víctimas sean indemnizadas integralmente, sin importar la autoridad administrativa que originó el daño.

Capítulo VI

6. ¿Puede ser promulgada una Ley a sabiendas de que causará un daño? ¿Qué pasa con la Ley antitabaco, en España y Colombia?

La falta de reflexión y concreción legislativa se traduce en la expedición de Leyes que a la colectividad le merecen un juicio negativo, por las frecuentes críticas, lo cual es síntoma normalmente de que tales decisiones se identifican con una parte de la población, porque se armonizan con su identidad; entretanto otra parte las rechaza, mientras a un tercer grupo le son indiferentes.

El Legislador concreta las decisiones, que la norma jurídica desborda, porque se remiten a un engranaje conceptual y procedimental que es preciso revisar para comprender si en su elaboración se utilizó una técnica específica.

Este aspecto resulta definitivo para verificar si esos términos en que se concretan las Leyes, son el resultado del análisis de aspectos históricos o culturales o si en el tema del tabaco es la tardía respuesta del Ordenamiento jurídico ante la rápida expansión de enfermedades derivadas de su alto consumo.

En este sentido existe un número importante de ciudadanos que considera que los fumadores requieren control, con instrumentos normativos efectivos, que permitan la intervención del Estado, en cuanto de éste depende el velar por la salud de la población y para ello se requiere la utilización de elementos que vayan abonando la cultura de abstenerse de fumar y que quienes ya están fumando vayan abandonando esos hábitos por considerarlos estructurales para el detrimento de la salud.

La legislación entonces, no puede regular aspectos puramente decorativos, es necesario que exista una integración entre la normativa antitabaco y la ciudadanía en general, para que no sea difícil la protección de los otros sectores de la población que no comulgan con el consumo de tabaco.

La necesidad de tener una población sana, debe llevar a la conjunción de intereses públicos y privados, para responder al bienestar de los ciudadanos y que ese entorno agrícola en el que se incentiva el cultivo del tabaco, se sustituya por productos que económicamente sean más rentables y ante todo que no ocasionen daños y perjuicios en la población.

El proceso de disolución de las grandes empresas tabacaleras, debe partir del desincentivo a los campesinos cultivadores del tabaco y de esa forma acelerar el proceso de diferenciación entre los resultados del cultivo de tabaco, comparativamente con el de otros productos agrícolas de forma que con una racionalidad económica y nuevas posibilidades tecnológicas, esas tierras que estaban dedicadas al cultivo del tabaco tengan otra destinación, logrando que esos nuevos productos agropecuarios permitan mayores beneficios económicos, con el surgimiento de nuevos cultivos que rompan los límites tradicionales que a la población campesina cultivadora del tabaco, les había hecho pensar que era el único medio de subsistencia.

Es por toda esta complejidad de aspectos, que la limitación al consumo del tabaco debiera contar con especialistas en diversas disciplinas, que demuestren a los fumadores de modo muy simple, que el consumo de tabaco no es benéfico para la salud, de modo que la percepción de la población se constituya en el elemento esencial, para que la prevención del consumo se constituya en una política pública, dirigida específicamente a los niños, porque es allí donde se comienza el consumo del tabaco, que hoy está extendido a jóvenes y adultos.

La realidad compleja es que el objeto de la legislación, debe contar necesariamente con el apoyo de todos los medios de comunicación, para que el punto de partida fijado en las Leyes antitabaco, integre a los sectores urbanos y rurales, es decir que cubra todo el territorio, otorgándoles facultades a los Ayuntamientos y a las Alcaldías, para que todas las personas que

vivan en España y Colombia, sepan que desde las áreas más remotas, hasta las grandes ciudades tenga la población un componente distinto, asumiendo que el Legislador tendrá que incrementar los impuestos al consumo y producción de tabaco y de esa forma lograr una planificación estratégica, para que a partir de nuevas estrategias, la población fácilmente aprenda a distinguir las diferencias entre la promoción, cultivo y comercialización del tabaco, con otros productos agrícolas que además deberían contar con subsidios estatales, que aseguren a los cultivadores no solo la compra de la totalidad de su cosecha, sino también de contar con seguros agrícolas para que en los eventos en que por factores ajenos a la voluntad humana, como son el clima, la mayor o menor intensidad de lluvias, esas cosechas se llegaren a perder, los campesinos tengan la seguridad que ni su trabajo, ni sus expectativas se pierden, porque el seguro agrícola les garantiza una protección ante la eventualidad de esos imprevistos.

Estas consideraciones no aparecen en las exposiciones de motivos de las Leyes antitabaco española y colombiana, por tanto, tampoco en el cuerpo de las normativas, con ello podemos afirmar que las demandas que puede originar La ley antitabaco, particularmente en España, podían evitarse.

De modo que cuando hablamos de carencia de técnica legislativa es una percepción derivada de una realidad, el Legislador en la elaboración de las Leyes, pasa por alto los aspectos económicos, históricos y culturales, asunto que permite el cuestionamiento del modelo de legislación que tenemos, que carece de articulación desde el mismo instante en que el proyecto es presentado para su discusión.

Esta realidad, concreta lo que hoy conocemos como responsabilidad del Estado legislador, puesto que la población percibe que en la aprobación de las Leyes con demasiada frecuencia se observa improvisación y carencia de preparación de los legisladores al momento de debatir las condiciones en que una Ley va a ser aplicada.

Sin embargo, no estamos ante un problema de mera improvisación o falta de preparación en quienes se ocupan de la actividad legislativa, se percibe que las comunidades académicas y

los centros de investigación de las universidades no censuran estas prácticas, asunto que tampoco interesa al sector industrial. Se trata de que en todos los centros educativos de España y Colombia se tenga un objetivo prioritario, la implementación de herramientas de análisis que sirvan a estudiantes, profesores, cuerpos directivos de las instituciones de educación a todos los niveles, así como a los industriales para que se diseñen diferentes actividades para el uso del tiempo libre, en los centros de educación y la promoción de nuevas actividades industriales, obstaculizando desde todos los ángulos la producción, comercialización y consumo del tabaco, que además contribuye a tener un medio ambiente más sano.

A partir de ello, en el instante en que las actuales generaciones, tienen el conocimiento, sumado a la prevención a través de todos los medios de comunicación, lograremos que hombres y mujeres en el futuro se priven de una actividad que es un factor determinante en el nacimiento de enfermedades y que el hombre comience a buscar mecanismos concretos para que esos usos y costumbres de fumar que son comunes en la actualidad, sean vistos por el conjunto de la población como una enfermedad, de lo contrario por más que nos empeñemos en cambiar esos hábitos, difícilmente pueden lograrse todos los objetivos que tanto en España, como en Colombia, las respectivas Leyes antitabaco tienen previstos.

En el pasado y en el presente todos los habitantes de un país somos conscientes de los efectos dañinos del consumo de tabaco. La delimitación del asunto debe partir de que la sociedad en general tome medidas de prevención con la finalidad de que las generaciones venideras no tengan que padecer las consecuencias de enfermedades pulmonares, derivadas de la carencia de políticas públicas tendientes a concientizar a la población de los daños que ocasiona el fumador no sólo a sí mismo, sino también a quienes forman parte de su entorno⁵²⁸, no importando para nada el lapso de tiempo anterior o el que haya transcurrido en vigencia de la Ley que amparaba a los fumadores.

Ahora bien, sí queremos precisar el alcance específico de la Ley del tabaco en el ámbito mundial. Parece adecuado afirmar, que el mismo Legislador fue quien en principio autorizó la expansión de un negocio que enriqueció a unos pocos a costa de la salud de una inmensa mayoría.

⁵²⁸ Cfr. *Constitución Política de Colombia Artículo 49, inciso último.*

Vemos entonces unos supuestos de hecho o actuaciones jurídicas constituidas con el paso del tiempo, dirigidas a la protección de multinacionales que buscaban y buscan la contaminación de la población; con paradojas como la ocurrida en Colombia donde era muy normal observar que empresas productoras de tabaco patrocinaran equipos de la liga profesional de balompié, todo ello permitido por el Estado.

Nos queremos enfocar en demostrar, que no hubiese sido necesaria una Ley antitabaco, si en primer lugar el Estado legislador no hubiese permitido la viabilidad legal de la publicidad y comercialización de un producto que es gravemente nocivo para la salud.

Es más, recordamos como en las salas de cine se promocionaba una marca de cigarrillos norteamericana con jinetes y caballos, queriendo mostrar la supremacía de un vicio; obvio, se trataba de publicidad engañosa que cada vez más iba invadiendo la mente de las personas hasta contaminar a la población de un hábito totalmente nocivo; permisibilidad que partía del supuesto de que una gran mayoría de quienes aplaudían esas Leyes eran fumadores, lo cual muestra hasta qué punto el concepto de daño legislativo derivado de la promoción de Leyes para el consumo del tabaco, tuvo su origen en el mismo Estado que promovió el consumo del tabaco en forma elástica y polémica y su obvia consecuencia; si el Estado legislador, luego de esa permisibilidad decide prohibir lo permitido, es apenas incuestionable que muchas personas promotoras del vicio amparadas en esas medidas, hayan realizado grandes inversiones fundamentados en una confianza legítima en que si el Estado permitía, era porque iría a favorecer hacia el futuro todo tipo de aval para quienes en sus establecimientos ofrecieran la posibilidad voluntaria de intoxicación lenta de su organismo; por tanto, el Estado está llamado a indemnizar.

Existe un sector en Colombia, dentro del Estado, que defiende al fumador, que promociona entre los campesinos el cultivo y la industria tabacalera; nada más lejos de la realidad que muestra la Constitución colombiana⁵²⁹, cuando expresa: *“Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”*.

⁵²⁹ Cfr. Constitución Política de Colombia. ARTICULO 49. *Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

No se comprende cómo un Estado que instruye a las personas acerca de comportamientos de vida saludables, por otra parte, apoya el vicio y la destrucción del ser humano, incentivando el cultivo y comercialización del tabaco.

A partir de ello, puede decirse que un factor determinante en el apoyo al sector industrial que produce y comercializa el tabaco, ha sido precisamente el hecho de la necesidad del Estado por recaudar impuestos, aún cuando se comprenda que el consumo del tabaco altera la vida de los consumidores de ese producto en forma masiva y no obstante esa realidad el Estado sigue organizando su producción.

En la medida en que un gran número de niños y jóvenes que se inician en el consumo del tabaco, consideren ese hábito como una expresión de su mundo interior, de su identidad, el proceso para cambiar esas rutinas y hábitos es más difícil y en ese instante la respuesta del Estado es tardía, porque ahí el asunto al que tiene que responder el Estado, será el de tratar de suprimir esa base de identidad, para lo cual es indiscutible que el diseño que la Ley antitabaco contempla no es el adecuado, porque la sensación que produce es que al haber sido permisivo en la prevención del consumo, difícilmente podrá lograrse de un modo externo y coercitivo que el que fumaba deje de fumar.

El derecho a un ambiente sano, forma parte de la calidad de vida que han de promover los poderes públicos en todo el territorio y esto alcanza todo su sentido cuando el nivel de productores y consumidores de tabaco se reduzca. De manera que el número de personas cuya calidad de vida es preciso proteger resulta muy superior al que integran productores y consumidores de tabaco. Se necesita la implementación de elementos legales en los que se concrete una política pública dirigida a la concientización de la población de que la promoción

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

de la producción y el consumo de tabaco a nadie beneficia y de esa forma se puede lograr una efectiva protección a la comunidad, a través de una gestión en la que deben estar comprometidas todas las autoridades.

En este sentido son de gran interés todas las medidas coercitivas, no obstante ellas deben estar acompañadas simultáneamente de instrumentos y objetivos de intervención, protección y gestión que habrán de tenerse en cuenta por el Legislador, pues constituyen su núcleo esencial.

De hecho, de forma paralela a la concreción legal de esas medidas, se deben ofrecer por los gobiernos alternativas distintas que sean atractivas a quienes ya están vinculados de una u otra forma al tema del tabaco; pero sin ofrecer herramientas, ni criterios específicos, no cobra sentido ninguna medida de coerción y más bien ponen en riesgo las finanzas públicas como consecuencia de las demandas que podrán ser instauradas por quienes se vean puntualmente perjudicados por la puesta en marcha de la normatividad vigente.

Así mismo, es necesario principalmente guardar y observar lo que toca al bien común de los hombres o comunidad. Ahora bien, es difícil que cada uno conozca lo que conviene al bien común, y raro es el caso de los que lo buscan por sí mismo⁵³⁰, por eso requerimos de un Estado decididamente comprometido en la discusión y puesta en marcha de Leyes útiles que rijan los pueblos y que no sólo cumplan con una necesidad, sino también que sean de utilidad, para lo cual es indispensable la capacidad intelectual de quienes han escogido esa labor de formar parte del legislativo, cuya principal función es elaborar la Ley.

Dando por supuesto que la Ley es algo propio de la naturaleza intelectual, en cuanto tal y, por tanto, de su mente, incluyendo en ésta el entendimiento y la voluntad, es evidente que la Ley significa un ordenamiento moral hacia la ejecución de algo, presupuesto que se requiere en el que debe gobernar por medio de Leyes⁵³¹. El fundamento de este argumento lo encontramos en el preámbulo de la Constitución de Colombia que dice:

⁵³⁰ Cfr. SUAREZ, Francisco SJ. *Las Leyes, Sección Teólogos Juristas. Tratado de las Leyes y de Dios Legislador. Instituto de Estudios Políticos Madrid, MCMLXVIII, 1967, Volumen I, pp, 20.*

⁵³¹ Cfr. SUAREZ, Francisco SJ. *Las Leyes, Sección Teólogos Juristas. Tratado de las Leyes y de Dios Legislador. Instituto de Estudios Políticos Madrid, MCMLXVIII, 1967, Volumen I, pp, 20.*

“CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991

PREÁMBULO

EL PUEBLO DE COLOMBIA,

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA...”

El Legislador no puede crear expectativas jurídicas, dejar derechos pendientes o condicionar derechos y si lo hace da origen a expectativas existentes fundamentadas en la normativa que se deroga, por tanto, en estos casos lo que debemos entender por daño legislativo, tiene mucho que ver con las demandas que se instauren.

Este argumento, pareciera ser congruente con la confianza legítima que tiene toda persona en que el Ordenamiento jurídico, respetará sus propias decisiones y en caso que considere revocarlas, supondría la prohibición del ejercicio de alguna actividad, afectando las expectativas económicas, observando ausencia de planificación legislativa, incidiendo negativamente en la confianza que las personas deben tener en el Estado. Esta confianza, puede verse defraudada al haber realizado esos ciudadanos inversiones millonarias, a través de la adecuación de espacios para los fumadores que luego les serían prohibidos.

Todas las personas deben partir del presupuesto que debe existir seguridad jurídica frente a todo cambio normativo, aun cuando apunte al favorecimiento del interés general y acorde con el bien común, como ocurre con la Ley antitabaco. El hecho de que el Estado haya permitido en su momento el fomento de una actividad que según el leal saber y entender del

Legislador no ocasionaba daños, es innegable, que por abstenerse de observar los antecedentes históricos, resulta evidente, que al legislativo le quedan dos caminos, a seguir:

En primer lugar, ordenar a través de la misma Ley el reconocimiento de la correspondiente indemnización a quienes pudieren verse afectados con la medida; y, en segundo término, guardar silencio y esperar a que cada persona que resulte perjudicada, busque una indemnización, según la cuantía del daño, como ocurre con el tema de la Ley antitabaco española, la cual no previó que las personas afectadas con la Ley, podrían solicitar la correspondiente indemnización, por haber frustrado el Estado legislador las intenciones, en su época legales, de expandir su negocio.

En este sentido, planteamos que en todos los casos en los que el Legislador decida revocar normas a través de las cuales permitía el ejercicio lícito de determinada actividad a sus ciudadanos, sin importar el pretexto que aduzca el Estado legislador, así se trate de normas innovadoras, tendrá que indemnizar por haber defraudado la confianza legítima y frustrado la esperanza legítima en que el Ordenamiento jurídico protegería cada una de las actividades que en su momento permitió.

Toda fundamentación y argumentación normativa debe tomar en consideración cada uno de los aspectos ya regulados, identificando los supuestos daños y sugiriendo en cada caso la solución jurídica (esto es, la indemnización a quien resulte perjudicado), sugiriendo indagar, en cada caso concreto, las expectativas que resultaron frustradas, labor que debe adelantar el juez, con el fin de que no se transgreda en ningún momento el principio de seguridad jurídica, aplicando en el instante de dictar la correspondiente Sentencia el Derecho vigente y de esta forma se materializa el alcance que tenga cada disposición que decida aprobar el Legislador.

La Ley antitabaco es obligatoria y más allá de que pueda ofrecernos herramientas y criterios de concreción tendientes a eliminar de los establecimientos públicos los espacios para fumadores, el Estado Legislador falló principalmente, porque éste se abstuvo a través de su actividad legislativa de precisar ante todos los fumadores, así como ante quienes viven de promover ese vicio, los supuestos indemnizatorios derivados de la aplicación de la nueva Ley,

fundamentando el nuevo argumento en que la Ley nueva establece nuevas formas de comportamiento a las cuales todos los ciudadanos debemos someternos, justamente con miras a prevenir que la población futura esté enferma, que, hubiese podido constituirse en la principal preocupación, es decir, que esas limitaciones que el Legislador incorpora, se pueden considerar como un símbolo de progreso cultural y de esa forma tenía que ser presentada la Ley antitabaco, evaluación que no ocurrió.

Los términos en que está redactada la Ley antitabaco, nos presenta unas consagraciones normativas, dirigidas a que el ciudadano pueda tener un conocimiento pleno de que la promoción del tabaquismo, no es nada más que la promoción de la enfermedad para el individuo; por tanto, las consecuencias jurídicas, en todos y cada uno de los individuos que realizaron grandes inversiones para adecuar espacios en sus establecimientos para fumadores y que ahora deberán acatar las nuevas reglas, son circunstancias que el Legislador tenía la obligación de prever en el texto normativo; sin embargo, como así no ocurrió, deberá el Estado proceder a reconocer la indemnización, bajo el supuesto de que la nueva Ley antitabaco ha sido aprobada para defender los intereses generales y que al no prever las limitaciones se incurrió en una omisión que genera un daño legislativo; no obstante, en cualquier caso, si la nueva Ley busca es la protección del bien común, resulta ilustrativo que la anterior tampoco podía pasarlo por alto.

Conviene señalar, en cuanto a España se refiere, no existirá ninguna causal eximente de responsabilidad del Estado legislador por los daños derivados de la aplicación de la nueva Ley antitabaco, insistimos, porque el hecho de que en el Legislador debe haber pues cierta actividad creativa, la concreción de de las cuestiones relativas a las limitaciones de los derechos y expectativas otorgadas, le exige abordar los problemas y consecuencias de la nueva normativa en relación con sus destinatarios, que será el reconocimiento de las indemnizaciones que haya lugar.

Estemos al corriente de las formas que adopta la actual evolución y como no estamos acreditados para discutir en el Congreso colombiano estos arduos problemas; proponemos que

el principio de moralidad⁵³², actualmente previsto en la Constitución para la función administrativa, esto es la Rama Ejecutiva del Poder Público, se extienda también a la función legislativa, esto es, que el Congreso, estuviese obligado a observar la moralidad legislativa en todas y cada una de sus Leyes que apruebe y mucho le convendría al Poder Judicial.

En este momento, el principio de moralidad para la función administrativa, debiera ser de obligatorio cumplimiento en todos los casos en que el Presidente actúe como Legislador, y de esta forma estaríamos incorporando en Colombia, una nueva construcción constitucional, ya que es muy diferente promover la aplicación de la moralidad cuando existe su consagración constitucional como ocurre en Colombia, a predicar su puesta en marcha sin el soporte legal que lo autorice.

La convivencia humana no se puede lograr sin que medie la moralidad en todos sus actos, actuar en contra de ese principio constitucional sólo conduce al desenfreno; por tanto, los ciudadanos en todas las naciones de la tierra, así como tenemos que sujetarnos al Ordenamiento jurídico, también debe existir una confianza entre el ciudadano con la legislación y con mayor razón si de la aplicación de las nuevas Leyes que establezcan nuevos modelos de comportamiento, donde ha existido un acto de voluntad del Legislador, resulta imposible pensar que no exista un supuesto indemnizatorio si la nueva Ley después de su entrada en vigor causa un daño en uno o varios de sus destinatarios.

Los supuestos indemnizatorios derivados de la responsabilidad del Estado legislador, tienen que partir de la observación de la disposición normativa en concreto, sin extender los efectos de la Ley a situaciones no contempladas en el texto normativo. Es imprescindible entonces, que del contenido de la nueva norma, se aprecie una advertencia para el Legislador, asunto que adquiere su máxima importancia cuando empiecen a producirse las primeras

⁵³² Cfr. Constitución Política de Colombia. DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Sentencias que condenen al Estado legislador derivadas de la aplicación de la nueva Ley antitabaco, como se va a presentar en algún instante en España.

Resaltamos la labor del juez, que en su actividad aplicativa de la Ley a casos concretos, conecta al Estado con la realidad, permitiendo que cada vez el Legislador vaya realizando su actividad con mayor cuidado y sobre todo, que cada Ley promulgada responda no sólo a una necesidad de la población, sino también al estudio serio y pormenorizado de cada uno de los antecedentes de esa nueva Ley, que permita en la medida de lo posible que se regulen todos los supuestos indemnizatorios que esa nueva Ley pueda ocasionar, evitando de esa forma una incidencia importante en las finanzas públicas, que en todas las épocas y con mayor razón en tiempos de crisis, no puede pasarse por alto.

No podemos dejar de analizar la urgente necesidad de que la jurisprudencia, logre lo que el realismo sociológico anglosajón ha llamado “law in action”, donde se le atribuye al Derecho un papel “vivo”, conectado por supuesto a la realidad. En el Tribunal Supremo español no vemos que se vaya a suscitar problema alguno, ya que sus decisiones han estado acordes con la realidad de los principios de confianza legítima y la igualdad ante las cargas públicas; no obstante, en el Consejo de Estado colombiano pueden presentarse sorpresas, donde van a tener un papel preponderante los precedentes, según lo dispuso la Ley 1437 vigente a partir del 2 de julio de 2012⁵³³, a través del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, cuya

⁵³³ Cfr. C LEY 1437 DE 2011. (Enero 18) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo. Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia Artículo 256. Fines. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales. Artículo 257. Procedencia. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso: 1. Noventa (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad. 2. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad. 3. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales. 4. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mensuales legales vigentes, en los procesos sobre contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes. 5. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de reparación directa y en las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex

finalidad en la práctica es adoptar el precedente jurisprudencial, que justamente impediría que el juez administrativo en sus decisiones renueve criterios fosilizados, que impiden la aplicación de un Derecho “vivo”.

Lo sucedido con la Ley antitabaco en el Derecho español, constituye otra oportunidad para que el Tribunal Supremo defina a través de su jurisprudencia, si los daños que de allí se deriven han podido ser evitados, aplicando medidas de previsión de daños, asunto al que la Ley nunca se refirió. Como ya hemos indicado anteriormente, el Legislador debió suponer que esa normativa en los tiempos modernos debía referirse a supuestos indemnizatorios frecuentes, aún como ocurre con la restricción de los espacios para fumadores en los establecimientos públicos, por lo que se estarían desconociendo garantías constitucionales al aplicar la Ley antitabaco.

La cuestión de la promoción del consumo de tabaco ha sufrido con esta Ley un duro revés y sus consecuencias jurídicas en el Derecho español, demostrarán que al Legislador no le basta que tenga la potestad de establecer una nueva normativa, sino que además tenía que consultar

servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas. El recurso de unificación de jurisprudencia no procederá para los asuntos previstos en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución Política. Artículo 258. Causal. Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Artículo 259. Competencia. Del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia previsto en este capítulo conocerá, según el acuerdo correspondiente del Consejo de Estado y en atención a su especialidad, la respectiva sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación. Artículo 260. Legitimación. Se encuentran legitimados para interponer el recurso cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia, quienes deberán actuar por medio de apoderado a quien se haya otorgado poder suficiente; sin embargo, no se requiere otorgamiento de nuevo poder. Parágrafo. No podrá interponer el recurso quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando el fallo de segundo grado sea exclusivamente confirmatorio de aquella. Artículo 261. Interposición. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Administrativo que expidió la providencia, a más tardar dentro los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta. En el auto en el que el Tribunal, en Sala de Decisión, conceda el recurso ordenará dar traslado por veinte (20) días al recurrente o recurrentes para que lo sustenten. Vencido este término, si el recurso se sustentó, dentro de los cinco (5) días siguientes remitirá el expediente a la respectiva sección del Consejo de Estado. Si no se sustenta dentro del término de traslado el recurso se declarará desierto. La concesión del recurso no impide la ejecución de la sentencia, salvo cuando haya sido recurrida totalmente por ambas partes y por los terceros reconocidos en el proceso, pero aun en este caso si el recurso no comprende todas las decisiones, se cumplirá lo no recurrido. Artículo 262. Requisitos del recurso. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá contener. 1. La designación de las partes. 2. La indicación de la providencia impugnada. 3. La relación concreta, breve y sucinta de los hechos en litigio. 4. La indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento.

la Ley antigua y de allí distinguir los supuestos derivados de las nuevas normas atendiendo en todo caso lo que parece más razonable, indemnizar a quien demuestre que lo que el ciudadano finalmente hizo fue aplicar los efectos nacidos bajo el imperio de la Ley vigente y lo que hará, será hacer valer sus derechos tras la entrada en vigor de la nueva norma. Supone, entonces, que se trata de poner en conocimiento del juez las consecuencias jurídicas de la nueva normativa, derivadas de verificar cada uno de los efectos que esa norma produce, como consecuencia de una ruptura radical con la legislación precedente.

Así que, cuando parecía que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, era un asunto cerrado, estamos convencidos que al menos en el Derecho español, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley antitabaco, se van a ver los efectos nacidos de la Ley anterior y se tendrán que observar las relaciones jurídicas Estado – ciudadano, hasta el grado de determinar que en todos los casos en los que los propietarios de establecimientos procedieron a su restauración para adaptarlos al Ordenamiento Jurídico vigente a través de la realización de obras de infraestructura, conforme a las nuevas limitaciones deberán ser indemnizados.

En realidad el ejercicio de la actividad legislativa supone responder a la realidad de un país, a través del Ordenamiento jurídico. Cualquier competencia y, en especial, las que más directamente afectan a la población, debe ser ejercida sin pasar por alto la incidencia en la población. La clave sería sin duda, la implementación sectorial de diálogos con aquellas comunidades que pudieran verse afectadas y disponer en la Ley la protección a todos los posibles afectados a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa, que sería la asunción competencial preventiva del Estado legislador.

6.1. La nueva Ley antitabaco en el Derecho español

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, modificada por la ley 42/2010, de 30 de diciembre, nos plantea varias inquietudes.

En el Boletín Oficial del Estado número 318, de 31 de diciembre de 2010, se publica la ley 42/2010, de 30 de diciembre, con entrada en vigor el día 2 de enero de 2011, por la que se modifica la ley 28/2005, de 26 de diciembre que entró en vigor el día 1 de enero de 2006, reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

El propósito de la Ley reformativa es el de erradicar el hábito de fumar. Según lo contempla la exposición de motivos de la Ley 28/2005, en España el tabaquismo es la primera causa de mortalidad evitable y el consumo del tabaco es responsable del 95% de las muertes por enfermedad crónica, del cincuenta por cien de enfermedad cardiovascular y del 30% de las muertes por otros tipos de cáncer, según la Organización Mundial de la Salud⁵³⁴.

La mortalidad debido a esta enfermedad no se reducirá, debido al aumento de la edad de la población de los países en desarrollo. Este grupo de mayor edad es más propenso a padecer cáncer; además, el aumento del tabaquismo en las últimas décadas ha conllevado una mayor incidencia de cáncer del pulmón y de otros tipos de cáncer.

Un tercio de los 12 millones de casos de cáncer diagnosticados cada año podría ser evitado y otro tercio podría ser curado gracias a una prevención más activa y una detección precoz, según la Organización Mundial de la Salud (OMS). Este organismo consideró que estamos delante de un problema de gran magnitud en los países desarrollados, por lo que desde allí se están realizando grandes esfuerzos para el control internacional del hábito tabáquico.

Según el Centro Internacional de Investigación sobre el Cáncer (CIRC), una agencia dependiente de la Organización Mundial de la Salud, el cáncer de pulmón - que afecta principalmente a los hombres- lidera la lista de cánceres más frecuentes.

Expresó la exposición de motivos, que la Unión Europea ha visto con preocupación el fenómeno del tabaquismo, para ello aprobó entre otras la Directiva 2003/33/CE del

⁵³⁴ Cfr. Organización Mundial de La Salud. Centro de Prensa. OMS, www.cancerpulmon.es. *Enfermedades crónicas* OMS Europa, Sitio web de la Oficina Regional de la OMS para Europa sobre las ENT Estudio del Centro Internacional de Investigación sobre el Cáncer (CIRC): <http://www.iarc.fr>.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003 relativas a las disposiciones de los Estados miembros sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, Directiva que se incorporó al Ordenamiento español, mediante la Ley 28/2005.

La Constitución Española reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud⁵³⁵, y encomienda a los poderes públicos la organización de la salud pública a través de medidas preventivas. Para la efectividad de este derecho, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, consagró la obligación de las Administraciones Públicas sanitarias de orientar sus actuaciones a la promoción de la salud y la prevención de enfermedades y evitar las actividades y productos que puedan tener consecuencias negativas para la salud y regular su publicidad y propaganda comercial.

En España, sobre temas relacionados con el tabaco se ha proferido el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, y su modificación a través del Real Decreto 1293/1999, de 23 de julio, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud.

Se dictó el Real Decreto 1185/1994, de 3 de junio, sobre las etiquetas de productos de tabaco distintos de los cigarrillos, se prohíben algunos tabacos y se actualiza el régimen sancionador sobre el tabaco.

Se expidió el Real Decreto 1079/2002, de 18 de octubre, por el que se regulan los contenidos máximos de nicotina, alquitrán y monóxido de carbono de los cigarrillos y medidas acerca de los ingredientes y denominaciones de los productos de tabaco y luego se expidió el Real Decreto 2198/2004, de 25 de noviembre, mediante el cual se establecieron políticas por el fondo de cohesión sanitaria durante el ejercicio de 2004.

Las Leyes vigentes que regulan el tabaco son la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento

⁵³⁵ Cfr. Artículo 43. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros y actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.

La Ley 28/2005, se divide en cinco capítulos, que comprenden disposiciones generales, las limitaciones a la venta, suministro y consumo de productos de tabaco, la regulación de su publicidad, promoción y patrocinio, medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y facilitar que la población se deshábite al tabaco, así como el régimen de infracciones y sanciones.

Según el preámbulo de la Ley 42/2010, de 30 de diciembre⁵³⁶, la reforma satisface las demandas de los ciudadanos, con la finalidad de proteger su salud y en vista de que España ratifica en diciembre de 2004, el convenio marco para el control del tabaco de la Organización Mundial de la Salud y que la Comisión Europea tiene como objetivo prohibir en todos los Estados a partir de 2012 fumar en espacios cerrados.

6.2. Definiciones de la Ley 28/2005 y la Ley 42/2010

Los conceptos que a continuación vamos a observar están dirigidos a la delimitación de una actividad que resulta imprescindible concretar, cuáles son los principios y límites de esa intervención, porque se dice mucho respecto de los espacios públicos y nada de la afectación

⁵³⁶ Cfr. Preámbulo Ley 42/2010, de 30 de diciembre. La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, supuso un hito importante en la política de nuestro país en la lucha contra el tabaquismo, tanto en lo que se refiere a la prohibición de fumar en lugares públicos como a las medidas encaminadas a potenciar la deshabituación del tabaco y a tratar de erradicar a medio y largo plazo el hábito de fumar.

Transcurridos más de cuatro años de aplicación de la Ley, es patente, como se desprende de diversos estudios realizados al respecto, la necesidad de avanzar en la protección de la salud de los ciudadanos ampliando la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos, lo que, por otro lado, satisface las demandas de los ciudadanos, como corroboran encuestas oficiales recientemente realizadas.

Dos son los colectivos especialmente beneficiados de esta medida. Por un lado, el de menores, grupo especialmente sensible de población que está expuesto al humo del tabaco en los lugares públicos cerrados. Por otro lado, el de trabajadores del sector de la hostelería que se encuentra claramente desprotegido con respecto al resto de los trabajadores, al estar expuestos al humo de tabaco ajeno.

Por todo ello, y en la línea seguida en materia de prevención y control del tabaquismo por la Unión Europea, con una estrategia concreta de la Comisión Europea, cuyo objetivo es ampliar la prohibición de fumar en espacios cerrados en todos los Estados miembros en 2012, posición que corrobora la ratificación por España, en diciembre de 2004, del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS, esta ley, que modifica la Ley 28/2005, se encamina a avanzar en las limitaciones tendentes a aumentar los espacios libres de humo del tabaco.

del tabaco en el seno del hogar, es decir se deja la percepción de que el Estado se preocupa por el ciudadano en el espacio público, pero es indiferente el Estado frente al comportamiento de la población en la vida privada.

Recordemos que la polis griega fue donde por primera vez se constituyó el espacio público, no obstante fijémonos que los griegos se ocuparon más de lo político, de allí los espacios públicos o comunes en que se debatían los problemas, sin embargo, poco se pensaba en el espacio privado, porque todas las manifestaciones importantes de la vida social, poseen un elemento esencial; la familia, con un espacio para compartir opiniones, evaluar y elegir lo que mejor convenga al interés de ese núcleo de la sociedad.

Observemos que las distintas y muy variadas definiciones que la Ley contiene, en modo alguno se define ese espacio que ocupa la familia, en el que imaginemos una familia compuesta por cinco integrantes, de los cuales uno es fumador y los demás son fumadores pasivos porque implícitamente están obligados a aspirar el humo que exhala el integrante atado a ese hábito.

De nada sirve que la Ley se preocupe por el espacio público, si nada se dice del espacio privado donde claramente están los fundamentos de unos usos y costumbres que tienen repercusión social; de manera tal que, no se cumple la finalidad de proteger y mejorar la calidad de vida, porque se descuida la calidad del aire al interior del hogar.

La secuela en el espacio público de un hábito, impone al Legislador el deber de definir y proteger lo que se considera un espacio privado, aquél que realmente confiere identidad al ser humano; su familia. Cuando se echa de menos el valor histórico que tiene la familia en una sociedad, de nada servirán esas prohibiciones que mantengan el espacio público libre de humo, máxime cuando la Constitución⁵³⁷ se refiere al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

⁵³⁷ Cfr. Constitución Española, Artículo 45.1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes

Así que la Ley antitabaco está dirigida a espacios colectivos, es decir establecimientos abiertos al público o lugares de disfrute colectivo, bares, restaurantes, cines y en general todos los dedicados al ocio o a actividades comerciales.

No se observa en las definiciones que a continuación se transcriben, la percepción del Legislador frente a la vida privada, en tanto y por tanto incurre en un gravísimo error, que consiste en ocuparse únicamente del espacio público, sin considerar la importancia que allí tiene el espacio privado; porque, de seguro, que un individuo que no fume en privado tampoco lo hará en público, en tanto que, quien tiene el hábito de fumar en público siempre lo hará en la intimidad de su hogar, con una inmensa diferencia, que cuando fuma en público contamina a extraños, por su parte, cuando lo hace en privado enferma a su propia familia.

De manera que, como lo vamos a observar, articular el espacio público sin prevenir con responsabilidad social el espacio privado, no tendrá ningún resultado distinto a las indemnizaciones que el Estado legislador tendrá que reconocer a quienes luego de permitirles, les prohibió disponer de espacios para fumadores, como ocurre con la Ley antitabaco.

“Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de esta Ley, se entiende por:

a) Productos del tabaco: los destinados a ser fumados, inhalados, chupados o masticados, que estén constituidos, aunque sólo sea en parte, por tabaco.

b) Publicidad: toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco.

violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

c) Patrocinio: cualquier tipo de contribución, pública o privada, a un acontecimiento, una actividad o un individuo cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco.

d) Promoción: todo estímulo de la demanda de productos del tabaco, como anuncios, publicidad y actos especiales, entre otros, destinados a atraer la atención y suscitar el interés de los consumidores.

e) Espacios de uso público: lugares accesibles al público en general o lugares de uso colectivo, con independencia de su titularidad pública o privada. En cualquier caso, se consideran espacios de uso público los vehículos de transporte público o colectivo.

2. A efectos de esta Ley, en el ámbito de la hostelería, se entiende por espacio al aire libre todo espacio no cubierto o todo espacio que estando cubierto esté rodeado literalmente por un máximo de dos paredes, muros o paramentos”.

La letra e) del apartado 1 y el apartado 2 han sido añadidos por la Ley 42/2010, define los espacios al aire libre, con referencia a la hostelería mas no en relación con otros lugares, como centros de trabajo, centros universitarios, instalaciones deportivas y demás en los que, por excepción, se prohíbe fumar.

“Artículo 7. Prohibición total de fumar.

Se prohíbe fumar, además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de las Comunidades Autónomas, en:

a. Centros de trabajo público y privados, salvo en los espacios al aire libre.

b. Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público.

c. Centros, servicios o establecimientos sanitarios, así como en los espacios al aire libre o cubiertos, comprendidos en sus recintos.

d. Centros docentes y formativos, salvo en los espacios al aire libre de los centros universitarios y de los exclusivamente dedicados a la formación de adultos, siempre que no sean accesos inmediatos a los edificios o aceras circundantes.

e. Instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre.

f. Zonas destinadas a la atención directa al público.

g. Centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías, salvo en los espacios al aire libre.

h. Centros de atención social.

i. Centros de ocio o esparcimiento, salvo en los espacios al aire libre.

j. Centros culturales, salas de lectura, exposición, biblioteca, conferencias y museos.

k. Salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, salvo en los espacios al aire libre.

l. Áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos.

m. Ascensores y elevadores.

n. Cabinas telefónicas, recintos de los cajeros automáticos y otros espacios cerrados de uso público de reducido tamaño. Se entiende por espacio de uso público de reducido tamaño aquel que no ocupe una extensión superior a cinco metros cuadrados.

ñ. Estaciones de autobuses, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, vehículos o medios de transporte colectivo urbano e interurbano, vehículos de transporte de empresa, taxis, ambulancias, funiculares y teleféricos.

o. Todos los espacios del transporte suburbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.), salvo en los espacios que se encuentren por completo al aire libre.

p. Estaciones, puertos y medios de transporte ferroviario y marítimo, salvo en los espacios al aire libre.

q. Aeropuertos, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, aeronaves con origen y destino en territorio nacional y en todos los vuelos de compañías aéreas españolas, incluidos aquellos compartidos con vuelos de compañías extranjeras.

r. Estaciones de servicio y similares.

s. Cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular, se prohíba fumar.

t. Hoteles, hostales y establecimientos análogos, salvo en los espacios al aire libre. No obstante, podrán habilitarse habitaciones fijas para fumadores, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 8.

u. Bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados.

v. Salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realizan en espacios cerrados.

w. Recintos de los parques infantiles y áreas o zonas de juego para la infancia, entendiendo por tales los espacios al aire libre acotados que contengan equipamiento o acondicionamientos destinados específicamente para el juego y esparcimiento de menores.

x. En todos los demás espacios cerrados de uso público o colectivo”.

El problema de esta normativa está en determinar en forma aproximada si la prohibición de fumar en bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, ocasiona una responsabilidad del Estado legislador, asunto que está en la esfera del juez, quien, a través de sus Sentencias, aplicará en cada caso el Derecho vigente y de allí se derivarán los diversos criterios que es posible adoptar cuando en cada caso sometido a estudio se deba tomar la decisión que en derecho corresponda, que como ya lo hemos reiterado pudiera ser de condena, por la claridad en que está redactada la nueva normativa.

La letra u) del artículo 7 de la Ley 28/2005, prohíbe fumar en bares, restaurantes y demás establecimientos cerrados. El artículo 8 de la Ley 25/2008, permitía habilitar zonas para fumar en dichos establecimientos, con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados; la Ley 42/2010 ha suprimido esta posibilidad en aras de la protección de los trabajadores del sector de la hostelería, claramente desprotegidos respecto de los demás trabajadores, por su exposición al humo del tabaco ajeno.

El asunto problemático consiste en determinar, si quienes poseen esos establecimientos tienen derecho a una compensación económica, derivada de la disminución de ingresos por la prohibición legal de fumar en ellos y además por el desembolso de grandes sumas de dinero para la habilitación de zonas para fumadores. Desde estas dos posibles hipótesis, partirán las decisiones sobre la eventual responsabilidad patrimonial por actos legislativos y la jurisprudencia tendrá la última palabra.

Así mismo, si la Ley 42/2010, no prevé indemnización alguna, para quienes resulten perjudicados, luego el asunto quedará a discrecionalidad del análisis que en cada caso concreto lleve a cabo el Tribunal Supremo; que ha expresado⁵³⁸:

“Sin perjuicio de que la norma no hubiere establecido nada, ni tampoco hubiere habido pronunciamiento del Tribunal Constitucional enjuiciando su eventual inconstitucionalidad

⁵³⁸ Cfr. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 24 de febrero de 2010. Ponente: CELSA PICO LORENZO.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, recurso de casación 634/2008) hemos de partir de que esta Sala desde su Sentencia de 29 de febrero de 2000, recurso de casación 49/1998 ha venido mantenido que aunque la ley no declare nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del Legislador, en cuanto que el Poder Legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos quedan bajo el imperio de aquella”.

Es posible que la vía para obtener los resarcimientos de los gastos realizados para la habilitación de las zonas para fumar en bares y restaurantes cerrados, por desconocimiento anticipado del cambio normativo, pudiese ser la vulneración del principio de confianza legítima, ya que el desembolso efectuado para realizar esas obras fue inútil, derivada de la prohibición establecida por la Ley 42/2010, por no existir un deber de soportar ese daño.

Sobre la aplicación del principio de la confianza legítima, el Tribunal Supremo señaló⁵³⁹:

“La quiebra del principio de confianza legítima se muestra como el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente.

Principio, el anterior, plenamente incorporado a nuestro ordenamiento y que debe ser respetado por las administraciones públicas (art. 3.1 LRJAPAC) mas de amplia raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y justamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia la responsabilidad patrimonial de un estado miembro de la Unión europea por infracción del Derecho de la Unión basada en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional (Sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, Transportes Generales y Servicios Generales SAL).

Aquella regulación muestra de forma clara que un requisito ineludible para la prosperabilidad de la pretensión es que el particular "no tenga el deber jurídico de soportar" la lesión producida por la aplicación del acto legislativo. Tal condición vuelve a reproducirse

⁵³⁹ Cfr. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 24 de febrero de 2010. Ponente: CELSA PICO LORENZO.

como exigible en el art. 141.1. al establecer que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

Se insiste por la jurisprudencia en que "existe ese deber jurídico de soportar el daño cuando la medida de la Administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin indemnización" (FJ 3º Sentencia de 16 de diciembre de 2008, recurso 453/2006, con cita de otras anteriores)".

En este asunto también se da cabida a las meras expectativas, que se pueden llegar a presentar si una persona o grupo de personas elevan una reclamación por una posible disminución de su clientela, en cuyo caso el reclamante deberá demostrar que esa baja de clientes obedeció a la prohibición de fumar.

La reclamación, en el evento de que se decida instaurar, se formulará ante el Consejo de Ministros como órgano competente del Poder Ejecutivo en su más alto nivel y por tratarse de una responsabilidad no resultante de la actividad de la Administración, sino de un acto legislativo no atribuible a ningún Departamento ministerial, y ante el Consejo de Gobierno en el caso de Leyes originarias de un Parlamento autonómico, en el plazo de un (1) año, conforme establece el artículo 4 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, mediante el cual se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

6.1.1. ¿Se puede considerar acertada una política de limitación y prohibición, sin prevención efectiva?

Antes de entrar a tratar el tema de las limitaciones y prohibiciones, es conveniente revisar ¿qué parte de la población consume la mayor cantidad de tabaco? Si es la población joven, de inmediato suena una voz de alerta, que nos indica que tendremos una alta probabilidad de que en la medida en que esa población envejece, se enferme con mayor facilidad, aspecto que

conduce inmediatamente a observar el coste que tendría para la salud el tratamiento de enfermedades pulmonares.

En definitiva el tabaquismo es un problema social, de modo que esas referencias deben ser consideradas por el Legislador y es allí donde se obliga al Estado a descubrir un modelo participativo al que puedan acceder los ciudadanos con la coordinación de los poderes públicos, con el fin de evitar que decisiones unilaterales como la que adoptó el Estado con la Ley antitabaco, donde se implantó un nuevo criterio involucren a la población que desee participar, ya que si el ciudadano no participa es obvio que el objetivo de la Ley queda incompleto, porque ese ciudadano constituye el elemento esencial, porque allí esa política legislativa y más precisamente la técnica legislativa tendrá que ocuparse de los aspectos étnicos, históricos, costumbres, mentalidad, además de una conciencia, que no pase por alto que un ciudadano desde su nacimiento está vinculado a una sociedad con la cual tendrá una convivencia y deberá brindar colaboración, para que esa integración del individuo a la comunidad, con apoyo en los principios de libertad e igualdad, no tengan distancia entre sí, porque todos son conscientes que su comportamiento está regulado por unas Leyes, que no pueden ser quebrantadas y si ello ocurre el Ordenamiento jurídico establece unas consecuencias.

Esa organización política y económica dispondrá de respuestas oportunas desde los poderes públicos, de modo que, la familia, la sociedad civil y las organizaciones cívicas tengan protagonismo, no solo para ejercer un control, sino también participación, de modo que el individuo comprenda que los comportamientos negativos, son considerados por el resto de la ciudadanía como contrarios al interés general, de este modo, el idealismo de tener una población más saludable y una vida en familia y en la comunidad libre del tabaco, sería una realidad.

Las limitaciones y prohibiciones que observaremos a continuación, según los planteamientos expuestos, solo contribuyen a generar más contradicciones, porque para llegar a esas limitantes el Legislador español olvidó un conjunto de rasgos, no meramente formales o aparentes, sino imprescindibles para que la Ley antitabaco sea efectiva.

“Limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco.

Artículo 3. Venta y suministro de los productos del tabaco.

1. La venta y suministro al por menor de productos del tabaco sólo podrá realizarse en la red de expendedurías de tabaco y timbre o a través de máquinas expendedoras, ubicadas en establecimientos que cuenten con las autorizaciones administrativas oportunas, para la venta mediante máquinas, y queda expresamente prohibido en cualquier otro lugar o medio.

2. Se prohíbe vender o entregar a personas menores de dieciocho años productos del tabaco, así como cualquier otro producto que le imite e induzca a fumar. En particular, se prohíbe la venta de dulces, refrigerios, juguetes y otros objetos que tengan forma de productos del tabaco y puedan resultar atractivos para los menores. Igualmente, se prohíbe la venta de tabaco por personas menores de dieciocho años. En el empaquetado de los productos del tabaco deberá incluirse una referencia expresa a la prohibición de su venta a menores de dieciocho años.

3. En todos los establecimientos en los que esté autorizada la venta y suministro de productos del tabaco, se instalarán en lugar visible carteles que, de acuerdo con las características que señalen las normas autonómicas en su respectivo ámbito territorial, informen, en castellano y en las lenguas cooficiales, de la prohibición de venta de tabaco a los menores de dieciocho años y adviertan sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco. En estos establecimientos se exigirá a todas las personas compradoras, salvo que sea evidente que son mayores de edad, acreditar dicha edad mediante documento de valor oficial.

4. Se prohíbe la comercialización, venta y suministro de cigarrillos y cigarritos no provistos de capa natural en unidades sueltas o empaquetamientos de menos de 20 unidades.

5. Se prohíbe, en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial, la entrega, suministro o distribución de muestras de cualquier producto del tabaco, sean o no gratuitas, y la venta de productos del tabaco con descuento.

Se presume que la entrega, suministro o distribución de muestras tiene lugar en el ejercicio de una actividad comercial o empresarial cuando se efectúa directamente por el fabricante, productor, distribuidor, importador o vendedor.

6. Se prohíbe la venta y suministro de productos del tabaco por cualquier otro método que no sea la venta directa personal o a través de máquinas expendedoras que guarden las condiciones señaladas en el artículo siguiente. Queda expresamente prohibida la venta o suministro al por menor de productos del tabaco de forma indirecta o no personal, mediante la venta a distancia o procedimientos similares.

7. El Gobierno, mediante Real Decreto, determinará los contenidos y componentes de los productos del tabaco, en especial los elementos adictivos, así como las condiciones de etiquetado que éstos deberán cumplir”.

Se permite la venta manual de cigarros y cigarritos provistos de capa natural en los establecimientos descritos en la letra u) del artículo 7; sin pasar por alto que la norma limita la venta y el suministro de productos del tabaco.

No es nuestra finalidad determinar si la Ley 42/2010 de 30 de diciembre, es hoy buena o no, de ello se ocupará en su momento el Tribunal Supremo. El calificativo de una Ley como excelente se mide por el beneficio para el conglomerado social y que la misma no cause daños. Si la Ley es completa y satisfactoria lo dirán los ciudadanos, sin olvidar la propia dificultad en la redacción de la norma que para el caso español no sólo debe acatar el Ordenamiento interno, sino también las disposiciones de Derecho Comunitario.

El contenido normativo y contexto pueden ser observados desde el plano interpretativo según el orden que el Legislador le ha dado. Es posible, desde ya lo advertimos, que como consecuencia de la aplicación de esta Ley el Estado legislador sea llamado a responder patrimonialmente; en ese escenario, la tarea será desarrollada por el Tribunal Supremo que tendrá que decidir guardando el derecho en cada caso que le sea sometido a su consideración.

Somos partidarios que se difunda el contenido de la Ley en la población y de esa forma facilitar una línea de interpretación del texto legal, sin que ese objetivo pueda constituirse a futuro en una herramienta de ataque, ya que ningún texto escrito de mano humana está habilitado para solucionar el caso controvertido matemáticamente, por tanto, la recomendación es la salvaguarda de los elementos positivos de la Ley, así como la importancia de que las autoridades sean conscientes que estos asuntos deben ser objeto de políticas públicas y medidas legislativas específicas para la salvaguarda de la población y es en este asunto en que se puede observar que a pesar de la evolución del Ordenamiento jurídico español, es clara la tendencia a reconocer el argumento expuesto por de Santamaría Pastor⁵⁴⁰:

“Que nadie se esfuerce vanamente, por tanto, en buscar en él la sentencia sobre su caso para apoyar una argumentación determinada, porque probablemente no la encontrará; ni tampoco en ningún otro libro, por cierto, porque pretender ofrecer una información mínimamente completa de la doctrina legal es, en los tiempos actuales, una tarea imposible”.

Se ha advertido ya que “las tabacaleras van a luchar porque la Ley no se cumpla”⁵⁴¹, al señalar que España se convertirá en los próximos meses en un campo de batalla donde dos contendientes, la industria tabacalera y sus aliados, por un lado, y las autoridades sanitarias y los médicos, por otro, librarán un combate a cuenta de la nueva Ley Antitabaco. Los primeros tratarán de convencer a la sociedad de que la norma es un atentado contra las libertades y un motivo de ruina económica, mientras los otros tratarán de que la Ley, producto de un elevado consenso parlamentario, no se convierta en papel mojado.

El cambio legislativo en España no es un cambio cualquiera; la industria, utilizaba la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, que sí permitía zonas para fumadores en la hostelería, en ese contexto la Ley ha golpeado duramente los intereses de la industria; por ello, no dudamos que el Tribunal Constitucional va a tener que decidir en un primer plano esta controversia. Allí se analizará si el problema es de libertades individuales o de salud pública, así como no dudamos que se presenten estudios económicos para demostrar que la Ley ocasiona graves perjuicios, lo cierto es que la última decisión no se ha tomado, quizá este sea el momento para establecer medidas que impidan caer en discusiones inútiles que no llevan a puerto seguro.

⁵⁴⁰ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Edit. Iustel Portal de Derecho S.A. Madrid 2010. pp. 38.

⁵⁴¹ Cfr. PUBLICO. www.público.es 26 de enero de 2011, pp. 25.

6.3. La Ley antitabaco colombiana

Desde la promulgación de la Ley 1335 de julio de 2009, han pasado tres años, desde la expedición en Colombia de la Ley que prohíbe el consumo del tabaco por considerarse altamente nocivo para la salud. Uno de los propósitos de la norma era crear espacios en los que los no fumadores, ni los trabajadores de establecimientos públicos se vieran forzados a inhalar el llamado humo de segunda mano, que de acuerdo con un informe de la revista médica *The Lancet*, causa 600 mil muertes cada año en el mundo. No obstante en Colombia se dice que es una ley echa humo⁵⁴², porque el estreno de la ley 1335 o Ley antitabaco vino precedida del apoyo tanto de la mayoría de los ciudadanos como de los propietarios de los establecimientos.

Los primeros habían avalado las bondades de los espacios públicos libres de humo, creados en mayo de 2008, mientras que los segundos, lejos de verse afectados con la medida, dijeron haber ganado nuevos clientes entre la población de no fumadores; por esta razón cuesta entender que pasados tres años de la expedición de la Ley 1335 el logro obtenido se haya diluido por falta de control y de promoción de la Ley.

Poco a poco, y bajo la mirada permisiva de las autoridades, bares, restaurantes, discotecas y otros sitios han ido encontrando la forma de hacerle el esguince a la prohibición de fumar en áreas prohibidas.

En muchos de estos lugares se han habilitado terrazas con techos y divisiones, en las que se permite y estimula el consumo de cigarrillos. La mayoría está en las puertas de los locales, lo cual permite que el humo entre y circule libremente por sus espacios y afecte a todos los clientes por igual.

Hacer respetar la norma no solo es responsabilidad de las autoridades de policía, que han brillado por su ausencia en este proceso. En deuda también están el propio Ministerio y las

⁵⁴² Cfr. *EL TIEMPO*, www.eltiempo.com, 22 y 26 de marzo de 2011, pp. 9 y 26.

secretarías de salud, que han fallado en la promoción y difusión de su contenido, y los dueños de los locales, que tienen la obligación de proteger a clientes y empleados.

En materia de control del cigarrillo, este no es el único asunto que preocupa. Pese a que el Convenio Marco para el Control de Tabaco⁵⁴³, suscrito por Colombia, declarado exequible por la Corte Constitucional, plantea una sustitución gradual de los cultivos de esta planta, lo que se observa es lo contrario: un incremento de las zonas sembradas con ella. Nos preguntamos en Colombia; ¿por qué estamos incumpliendo el Tratado?

No podemos olvidar que en Colombia a partir del 21 de julio de 2011⁵⁴⁴, entró en vigor la total prohibición directa o indirecta, de la promoción y publicidad del cigarrillo, así como la venta menudeada del producto, así estamos demostrando en apariencia al mundo que nos interesamos por la salud y la vida de los ciudadanos y de las generaciones venideras.

⁵⁴³ Cfr. “Ley 1109 de 2006 Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco. Siguiendo con el Día Mundial sin Tabaco, publicamos la Ley 1109 de 2006, el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco. LEY 1109 DE 2006 (diciembre 27) Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006 CONGRESO DE LA REPÚBLICA Por medio de la cual se aprueba el “Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”, hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003)”.

⁵⁴⁴ Cfr. “Ley 1335 de 2009. ARTICULO 14°. Contenido en los medios de comunicación dirigidos al público en general. Ninguna persona natural o jurídica, de hecho o de derecho podrá promocionar productos de tabaco en radio, televisión, cine, medios escritos como boletines, periódicos, revistas o cualquier documento de difusión masiva, producciones teatrales u otras funciones en vivo, funciones musicales en vivo o grabadas, video o filmes comerciales, discos compactos, discos de video digital o medios similares.

Parágrafo: Los operadores de cable, los operadores satelitales y los operadores de televisión comunitaria que estén debidamente autorizados por la Comisión Nacional de Televisión, a través de licencia, no permitirán la emisión en Colombia de comerciales o publicidad de tabaco producida en el exterior. Las sanciones serán las mismas previstas en la presente ley.

ARTICULO 15. Publicidad en vallas y similares. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.

CAPITULO IV

Disposiciones para prohibir las acciones de promoción y patrocinio de tabaco y sus derivados

ARTICULO 16°. Promoción. Prohíbese toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados.

ARTICULO 17°. Prohibición del patrocinio: Prohíbese el patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de las empresas productoras, importadoras o comercializadoras de productos de tabaco a nombre de sus corporaciones, fundaciones o cualquiera de sus marcas, cuando este patrocinio implique la promoción, directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.,

Parágrafo. Se concederá una transición en la vigencia de los artículos 14, 15, 16 Y 17 de dos (2) años a partir de la sanción de la presente Ley.

HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. EL SECRETARIO GENERAL DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA. EL PRESIDENTE DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES. EL SECRETARIO GENERAL DE LA HONORABLE CÁMARA DE REPRESENTANTES. REPÚBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL. PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE Dada en Bogotá, D.C., a los 21 Julio 2009”.

Acerca de las prohibiciones previstas en la Ley al consumo de tabaco y sus derivados, dispone la Ley:

“ARTICULO 19°. Prohibición al consumo de tabaco y sus derivados.

Prohíbese el consumo de Productos de Tabaco, en los lugares señalados en el presente artículo. En las reas cerradas de los lugares de trabajo y/o de los lugares públicos, tales como: Bares, restaurantes, centros comerciales, tiendas, ferias, festivales, parques, estadios, cafeterías, discotecas, cibercafés, hoteles, ferias, pubs, casinos, zonas comunales y áreas de espera, donde se realicen eventos de manera masiva, entre otras.

- a) Las entidades de salud.
- b) Las instituciones de educación formal y no formal, en todos sus niveles.
- c) Museos y bibliotecas.
- d) Los establecimientos donde se atienden a menores de edad.
- e) Los medios de transporte de servicio público, oficial, escolar, mixto y privado.
- f) Entidades públicas y privadas destinadas para cualquier tipo de actividad industrial, comercial o de servicios, incluidas sus áreas de atención al público y salas de espera.
- g) Áreas en donde el consumo de productos de tabaco generen un alto riesgo de combustión por la presencia de materiales inflamables, tal como estaciones de gasolina, sitios de almacenamiento de combustibles o materiales explosivos o similares.
- h) Espacios deportivos y culturales.

Parágrafo. Las autoridades sanitarias vigilarán el cumplimiento de este artículo, en coordinación con las autoridades de policía y demás autoridades de control”.

Así las cosas, en Colombia a diferencia de España, la Ley antitabaco, no parece generar motivos para que los ciudadanos pudiesen demandar al Legislador alegando daños, por el contrario, existe preocupación por no haberse socializado, al ser considerada una de las más completas y progresivas del mundo⁵⁴⁵.

6.4. ¿Existen actualmente en los Ordenamientos jurídicos español y colombiano, directrices sobre técnica legislativa? ¿En caso afirmativo, por qué no se han tenido en cuenta?

Es muy extraño, que en lo que respecta al Ordenamiento jurídico español, el Legislador se equivoque, a pesar de existir directrices sobre técnica normativa⁵⁴⁶, publicadas en el Boletín Oficial del Estado número 180, de 28 de julio de 2005, que en su título expresó:

⁵⁴⁵ Cfr. *EL TIEMPO*, www.eltiempo.com, 22 de marzo de 2011, pp. 9.

⁵⁴⁶ Cfr. “ANEXO. Acuerdo por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. En el año 1991, mediante Acuerdo de 18 de octubre, el Consejo de Ministros aprobó las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley con la finalidad de elevar su calidad técnica en beneficio de la seguridad jurídica. Estas Directrices, que también se han venido aplicando por analogía a los proyectos de reales decretos con el respaldo de la tradición y el buen entendimiento entre los departamentos ministeriales, han permitido homogeneizar técnicamente los textos, han influido en posteriores directrices elaboradas por gobiernos autonómicos y han supuesto un paso muy importante en el desarrollo de una conciencia de calidad en los redactores de textos normativos en el seno de la Administración General del Estado.

Sin embargo, el incremento de la producción normativa, la evolución de los estudios científicos sobre la materia y la propia voluntad de mejora de la calidad del producto en todos sus aspectos obligan a ampliar tanto el objeto de las directrices como su ámbito de aplicación.

Las Directrices de técnica normativa que ahora se aprueban tienen un objetivo fundamental: Lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones. Se trata de una herramienta que permite elaborar las disposiciones con una sistemática homogénea y ayuda a utilizar un lenguaje correcto de modo que puedan ser mejor comprendidas por los ciudadanos.

En cuanto a su ámbito de aplicación, las Directrices de técnica normativa abarcan toda la actividad de los órganos colegiados del Gobierno: Propuestas de acuerdo, proyectos de real decreto, de real decreto legislativo, de real decreto-ley y anteproyectos de ley, sin merma alguna, obviamente, de las potestades de las Cortes Generales, y, además, en todo lo que sea posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el diario oficial del Estado.

En su virtud, a propuesta de la Ministra de la Presidencia y de acuerdo con el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 22 de julio de 2005, acuerda:

Primero. Aprobación de las Directrices. Se aprueban las Directrices de técnica normativa, cuyo texto se inserta a continuación.

“MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. 13020. RESOLUCIÓN de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. El Consejo de Ministros, en su reunión del día 22 de julio de 2005, aprobó el Acuerdo por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. Para general conocimiento, se procede a la publicación del referido acuerdo y las Directrices de técnica normativa, que figuran como anexo de esta resolución”. El Legislador español omitió aspectos allí regulados, al menos, en lo que se refiere a la Ley antitabaco.

Toda restricción que el Legislador prevea que tiene un alcance oneroso, porque restrinja derechos individuales, debe incluir siempre un contenido indemnizatorio, porque el hecho de que esas situaciones jurídicas preexistentes habiliten al ciudadano para ejercer una actividad, en su momento lícita, debe contener esa legislación nueva una regulación que incorpore una garantía para el ciudadano, en el sentido de que todo cambio normativo que tenga un carácter restrictivo, no puede conducir a la congelación del Ordenamiento jurídico, ni por supuesto a la petrificación del derecho, como lo ha advertido el Tribunal Constitucional español⁵⁴⁷.

En Colombia no ha existido una reflexión sobre la necesidad de implementar una legislación sobre técnica normativa. De modo que la realidad sobre la que debemos actuar en este contexto, debiera ser la expedición de una Ley que regule aspectos de técnica normativa, pare que en la práctica se pueda suponer un cambio definitivo, en la percepción que el

Segundo. Ámbito de aplicación. Las Directrices se aplicarán a los anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, de real decreto-ley y de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y, en todo lo que sea posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado».

Tercero. Colaboración con las Secretarías Generales Técnicas. La Dirección General del Secretariado del Gobierno velará por la correcta aplicación de las Directrices, para lo cual prestará el apoyo necesario a las Secretarías Generales Técnicas de los ministerios.

Disposición derogatoria única. Derogación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de octubre de 1991. Queda derogado el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de octubre de 1991, por el que se aprobaron las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley.

Disposición final primera. Habilitación para el desarrollo de las Directrices de técnica normativa. Se autoriza al Subsecretario de la Presidencia para que desarrolle este acuerdo y el contenido de las Directrices de técnica normativa.

Disposición final segunda. Publicación y entrada en vigor. El presente acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y entrará en vigor el día siguiente al de su publicación”.

⁵⁴⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, 8/1982, 4 de marzo de 1982, Cuestión de inconstitucionalidad, número 243/1981, Ponente: Magistrado D. Jerónimo Arazamena Sierra.

ciudadano tenga de la actividad legislativa. En consecuencia, lo conducente es proceder a promulgar una Ley o Decreto con Fuerza de Ley, con el fin de responder a la realidad jurídica y evitar que la regla del futuro sea legislar improvisadamente como ha ocurrido y sigue ocurriendo; no siendo el caso de la Ley antitabaco colombiana, que como se dejó dicho, es no sólo avanzada, sino moderna; no obstante, la realidad es que no se cumple por la carencia de voluntad estatal que impida el daño que el consumo de tabaco sigue ocasionando en la salud de los colombianos.

6.5. Reflexiones al presente capítulo

García de Enterría⁵⁴⁸, refiriéndose al problema de la crisis actual de la Ley; dijo:

“El sistema jurídico europeo, que vivió la esperanza hiperracionalista de una regulación absoluta de la sociedad por obra de las leyes escritas, de las que los jueces serían meros aplicadores automáticos, ha sabido sin embargo, corregirse desde dentro (reacción antipositivista desde finales XIX, acogida resuelta de los principios generales de Derecho, admisión de una “jurisprudencia de valores” por introducción de la justicia constitucional). No se trata, con ello, bien entendido, de proclamar la libre creación judicial del Derecho, ni la rebelión del juez contra la ley, ni lo que los juristas alemanes han llamado la interpretación ilimitada de la norma; no es verdad que la ley admita una interpretación ilimitada, como tampoco que esté abierta a lo que ciertos juristas italianos llamaron hace veinte años (con más mérito en España que en su propio país, por cierto) el uso alternativo del Derecho, que pretende justificar cualquier interpretación desde criterios ideológicos. Es verdad no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria y eso tiene un valor básico por sí solo”.

Dentro de ese marco doctrinal, somos respetuosos de la Ley. No obstante, como hemos dejado expresado, el problema no está en la Ley misma; en puridad de verdad, el verdadero inconveniente lo encontramos en las personas encargadas de su elaboración, son ellas y no otras, quienes debieran responder a los ciudadanos de los daños que causen; sin embargo, no tenemos noticia de que uno o varios miembros del Congreso en España o Colombia, hayan sido condenados a pagar alguna indemnización derivada de los daños y perjuicios causados por la expedición de una Ley.

⁵⁴⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. Ob. cit, p. 126.

Ese régimen de inmunidades, debiera someterse a análisis, porque no puede ser posible que sigamos afectando las finanzas públicas y en muchos casos la imagen del legislativo, como consecuencia de la ausencia de cuidado en la discusión y aprobación de las Leyes, lo que pudiera ser considerado como una arbitrariedad legislativa o falta de prudencia legislativa, ya que los miembros del Congreso, al menos en lo que a Colombia se refiere, deberán actuar consultando la justicia y el bien común⁵⁴⁹, porque así lo ordena la Constitución.

Aun cuando en el caso que nos ocupa, el Legislador es una unidad funcional integrado por personas que tienen múltiples y variados intereses. Por ello es importante partir de la consideración de que su objeto es evitar todo aquello que incida en que las Leyes que expida causen daños. El interés general que supone toda normativa que apruebe el Legislador, no puede traducirse en la afectación de los destinatarios por ausencia de previsión, que se materializa en la carencia de algunos aspectos de técnica legislativa relevantes, para este asunto en concreto, ya que lo que razonablemente debió hacer el Legislador era haber analizado la previsibilidad de sus efectos, evitando en todo momento causar daños y perjuicios, es decir que lo que necesitamos hoy, es un Poder Legislativo, más competente que competitivo y aún cuando muy heterogéneo en su integración, debe asegurarse que la Ley en la mayoría de los casos se expide con vocación de permanencia, así mismo, que cada nueva Ley en la medida de lo posible debe contener una normatividad completa sobre la materia que regula, con el fin de hacer más efectiva la tarea del juez en el instante de su aplicación a un caso concreto.

Los defectos de las Leyes, pueden restringirse si el Legislador adopta para el estudio de cada proyecto de ley, juicios lógicos y universales que no deriven del sentimiento individual, sino del interés general y, por tanto, transportable a la normativa, resulta así el punto de partida

⁵⁴⁹ Cfr. Constitución Política de Colombia. ARTICULO 133. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Texto original: Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

de cualquier política legislativa que pretenda llevarse a cabo y de esta forma se constituye en un principio esencial que debe ser hallado en todos los debates al interior del Congreso.

El objetivo de la Ley antitabaco es meritorio; sin embargo, la verdad es que diversos sectores de la economía española se pueden ver afectados, lo cual se traduce en una expectativa razonablemente fundada. Por tanto, el Legislador, en la elaboración de la Ley, debe ir más allá, no sólo con la mirada puesta en las nuevas situaciones que regula, sin dejar de lado, las Leyes anteriores, evitando que los beneficios concedidos sean de un instante a otro revocados, generando en el ciudadano no sólo inconformidad, sino que de forma inmediata analizará los supuestos indemnizatorios para promover las acciones judiciales destinadas a la obtención de la reparación de los daños y perjuicios causados.

Santamaría Pastor⁵⁵⁰, consideró:

“En el caso de las leyes antitabaco es un caso claro de vulneración del principio de confianza legítima, sobre todo el caso español, cuando sólo cinco años antes de la Ley 42/2010, se había dictado otra incitando a los empresarios a realizar inversiones en los bares que acogieran a los fumadores”.

En su antiguo y muy trascendental trabajo, sobre la Responsabilidad del Estado legislador, Santamaría Pastor⁵⁵¹, resumiendo la doctrina general sentada hasta 1963 por el Conseil d’Etat, cita una proposición, según la cual no habría lugar a indemnización, cuando:

⁵⁵⁰ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Comentarios a la ley antitabaco en España*.

⁵⁵¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Ob. Cit.*, pp. 89. (68) (**) *La jurisprudencia sobre el tema, entroncada directamente en la línea tradicional de los arrêts PREMIER ET HEÍVRY y FLEURY ET HAUCUEL, es abundantísima y tiene su origen al mismo tiempo que el arrél "La Fleurette". En la misma fecha de éste—14 de enero de 1938—, el Consejo de Estado dictó el arrél Compagnie Générale de la Grande Pêche et Société d'Importation et d'Exportation, rechazando la demanda indemnizatoria de dos compañías exportadoras de alcohol que efectuaba su comercio desde las islas de Saint- Pierre y Miquelon a los Estados Unidos durante la época de la prohibición; a presiones del Gobierno norteamericano, que protestaba por el contrabando realizado desde las posesiones francesas de las Antillas, el decreto colonial de 9 de abril de 1935 vino a prohibir prácticamente este comercio, ilícito en el plano interestatal. La reclamación fue rechazada por ser la actividad prohibida de carácter ilícito, desde una perspectiva internacional. Otros supuestos análogos, en los arrêts Société coopérative militaire a" Alzase, de 17 de febrero de 1939 (respecto de. la Ley de 21 de junio de 1934, que prohibió a los comerciantes de alcohol efectuar • venta de bebidas en cuarteles y establecimientos militares, reservando esta actividad, a los cantineros del Ejército; la doctrina de este arrél no resulta en absoluto convincente); Sociétés Cardón et Cie, de 1 de marzo de 1940 (sobre el Decreto de 10 de mayo de 1937, que prohibió la venta de helados con contenido de almidón, féculas o harina); Etablissements Chosson, de 24 de abril de 1953 (sobre la ordenanza de 2 de agosto de 1945, que estableció la inclusión de la silicosis en la lista de enfermedades profesionales); Manufacture française d'armes et d'accessoires de Saint-Etienne, de 6 de enero de 1956 (cit. supra), etc.*

*“No puede reconocerse derecho a indemnización cuando el acto normativo dañoso incide sobre una actividad prohibida, inmoral, ilícita o contraria a la sanidad nacional o al orden público (**), circunstancias éstas que excluyen en principio toda responsabilidad del Estado”.*

Por su parte, Garrido Mayol⁵⁵², refiriéndose a los casos que en Francia no darían lugar a responsabilidad legislativa, expuso los supuestos expresados por el Consejo de Estado. Uno de ellos señaló:

“...el recogido por el arrêt sobre la Secretaría de Estado de Asuntos Económicos, de 16 de noviembre de 1960, donde se afirma que “el derecho a la indemnización no existe si el sacrificio impuesto por el legislador es exigido a favor del interés general”.

De manera que, según los autores citados, en consideración a los efectos de la Ley antitabaco en España, no habría lugar a reclamar ninguna indemnización, en el entendido de que la normativa está dirigida a la protección del interés general, de modo que, no procedería la indemnización, por considerar a la actividad prohibida un desvalor, el cual la sociedad en general no está obligada a soportar para beneficiar unos pocos.

Ante estas interesantes y respetables posiciones, basta esperar lo que finalmente decida el Tribunal Supremo, cuando se vea avocado a decidir las demandas que probablemente van a ser instauradas, en contra del Estado legislador en España por violación del principio de confianza legítima, como consecuencia de la puesta en vigor de la Ley antitabaco, allí sabremos, cuál criterio prevalece.

Es la omisión legislativa y, por tanto, la muchas veces nula o escasa fuerza prescriptiva de las nuevas medidas que se han expedido, conduce a una arbitrariedad legislativa. Por este motivo no resulta en modo alguno suficiente la normativa vigente sobre técnica legilativa, porque el Legislador ha de aspirar a concretar con el mayor grado de precisión los términos y efectos de todas las Leyes que aprueba, porque la tarea que tiene encomendada de legislar, le exige y así ha de entenderse, que la Ley no cause daños.

⁵⁵² Cfr. GARRIDO MAYOL, Vicente. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial referencia a la Responsabilidad del Estado Legislador*. Edit. tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004. pp. 136.

Capítulo VII

7. Las energías renovables

Escribir acerca de las energías renovables nos ha de conducir a una ubicación y relaciones determinadas, en una universalidad que requiere una valoración jurídica. Todo ello encaminado a verificar si el Estado legislador ha puesto en marcha a través de Leyes los mecanismos, finalidades y usos de las energías limpias.

La convergencia de las zonas en las que están ubicados España y Colombia, constituye la base para acercarnos a las normativas existentes. Recordemos que Colombia, por su posición geográfica estratégica, está regada por diversas fuentes hídricas, muchas de ellas en conexión, lo que hace más propicio la construcción de grandes centrales hidroeléctricas.

El recinto natural de Colombia, es entonces muy diferente al español, porque la naturaleza dota a los colombianos de una inmensa riqueza hídrica, que permite la exportación de energía a otros países de la región. Esa riqueza, sin embargo, requiere de una protección del Estado, para asegurar la celosa custodia y perfecta conservación de los ríos y quebradas que surcan el territorio colombiano.

La utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de la población, requiere indispensablemente de una solidaridad colectiva. Es decir, que quienes se dediquen a talar los bosques en forma indiscriminada, sean merecedores de sanciones administrativas y penales, que aseguran la reparación del daño causado.

El medio ambiente, contribuye a una mejor calidad de vida, por ello el Legislador ha expedido una legislación básica para su protección y además se ha ocupado de establecer

normas relativas a las energías alternativas, tanto en España como en Colombia, lo que refleja la existencia de una legislación básica de carácter medioambiental, destacando la importancia que cada día cobran las energías renovables en el contexto internacional.

Las Leyes entonces, en los asuntos referidos a las energías limpias deben buscar un medio ambiente sano y sostenible, que asegure la salud de la población, por ello la promoción y uso responsable de tales energías apoyadas en una legislación específica estableciendo las directrices y recomendaciones para la protección de bosques, permite el desarrollo equilibrado de sus habitantes.

Las energías eólica y fotovoltaica, constituyen una sectorización de las renovables, a las cuales nos vamos a referir en el presente capítulo; destacando que si el Estado legislador en principio las promueve y luego recorta los beneficios otorgados, se produce en forma inmediata un daño que deberá ser resarcido, porque además de los intereses particulares que afecta, también incide en las actividades agrícolas, ganaderas y forestales.

Ahora bien, la promoción de las energías eólica y fotovoltaica, no es idéntica en Colombia que en España, porque de un lado, al Estado colombiano le resulta más atractivo promocionar la construcción de hidroeléctricas, que la instalación de parques eólicos o sistemas de energía fotovoltaica, porque se facilita más la expansión de la energía proveniente de recursos hídricos, aún cuando la construcción de una hidroeléctrica tiene costos altísimos, la inmensa cantidad de ríos, así como las condiciones geográficas del territorio colombiano, es vital para la construcción de hidroeléctricas.

Los ejemplos en los que el Estado legislador, particularmente en España, pudiera verse avocado a responder por daños ocasionados a las eólicas y fotovoltaicas, representa un punto de gran importancia, porque las empresas que han invertido en esos sectores, esperando obtener beneficios económicos que de repente les son suprimidos, da origen a los vicios que para Biglino Campos⁵⁵³, “...son capaces, por tanto, de influir sobre la validez de la Ley”. Se recalca la importancia de que el Legislador antes de expedir una Ley deba prever los daños

⁵⁵³ Cfr. BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los Vicios en el Procedimiento Legislativo. Centro de Estudios constitucionales. Madrid 1991, pp, 106.*

que esa Ley pueda ocasionar, es decir, en el instante en que el Legislador omite la previsión, introduce tempranamente al Estado legislador en un riesgo de tener que indemnizar un daño que en todo caso se hubiese podido evitar.

El Estado debe tener un constante equilibrio en todas y cada una de las Leyes que expide, verificando con suficiente antelación todos y cada uno de los beneficios que se hayan otorgado, es decir que sus políticas públicas previstas, deben ser coherentes con la política legislativa que debe estar siempre dirigida a la salvaguardia de los intereses generales con medidas legislativas específicas; lo contrario, pone en peligro las finanzas públicas.

La misión del Legislador se centra, incluso, en la consideración de la conveniencia de sus actuaciones como la que es materia de análisis en el presente capítulo, en la que se ignoró que la supresión de garantías previamente otorgadas por una iniciativa legislativa, podría traducirse en acciones legales contra el Estado, con el objetivo de obtener indemnizaciones a favor de las personas naturales o jurídicas que hayan sido perjudicadas, que tanto la Ley como la jurisprudencia españolas han reconocido, desde hace ya algún tiempo, porque es una obligación del Estado reparar los daños que haya causado.

Es una realidad que se ha ido imponiendo con el paso del tiempo, la necesidad de que la Ley cumpla unos estándares de calidad, que están siempre dirigidas a la protección del bien común, ya que ese interés general prioriza las razones para que la expedición de las Leyes no obedezca a la invocación de razones meramente caprichosas que conduzcan a legitimar cualquier solución.

La supresión de primas para las eólicas y fotovoltaicas en España, fue una decisión que debió exigir mayor reflexión, se puede considerar como desacertada, porque conduce inequívocamente a que el Estado deba responder por los daños causados con un escaso margen de maniobra, porque parece incuestionable que el daño se causó, como consecuencia de unas actuaciones del Legislador que eran absolutamente previsibles.

Cuando históricamente se ha hablado de la importancia que tiene en un Estado de Derecho el Poder Legislativo y empiezan a aprobarse Leyes que causan daños, sin llegar a extremos, hay que observar si el Legislador ha actuado adecuadamente, esto es mantener un justo equilibrio o si por el contrario carecemos de elementos que puedan medir el alcance de la totalidad de Leyes que se expiden.

De modo muy especial el Legislador debe tener un razonamiento propio que contenga una planificación normativa y, por ende, en todo asunto materia de regulación normativa han de valorarse los resultados de la aplicación de la Ley y de esta forma evitar que se vean afectados los intereses privados, que en Colombia son cada vez más frecuentes.

7.1. Energía Eólica

Como consecuencia de la contaminación ambiental que afecta en el presente siglo al mundo entero, preocupados por la situación del medio ambiente, sin que los gobiernos adopten medidas efectivas para que se incentiven las energías renovables, tratamos en el presente capítulo una de sus formas, la eólica. Colombia y España⁵⁵⁴, aprobaron la

⁵⁵⁴ Cfr. LEY 164 DE 1994 (Octubre 27) Por medio de la cual se aprueba la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992. EL CONGRESO DE COLOMBIA, DECRETA: Visto el texto de la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992. CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO Las partes en la presente Convención, RECONOCIENDO que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad, PREOCUPADAS porque las actividades humanas han ido aumentando sustancialmente las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, y porque ese aumento intensifica el efecto invernadero natural, lo cual dará como resultado, en promedio, un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra y puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y a la humanidad, TOMANDO NOTA de que, tanto históricamente como en la actualidad, la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero del mundo, han tenido su origen en los países desarrollados, que las emisiones per cápita en los países en desarrollo son todavía relativamente reducidas y que la proporción del total de emisiones originada en esos países aumentará para permitirles satisfacer a sus necesidades sociales y de desarrollo, CONSCIENTES de la función y la importancia de los sumideros y los depósitos naturales de gases de efecto invernadero para los ecosistemas terrestres y marinos, TOMANDO NOTA de que hay muchos elementos de incertidumbre en las predicciones del cambio climático, particularmente en lo que respecta a su distribución cronológica, su magnitud y sus características regionales, RECONOCIENDO que la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas, RECORDANDO las disposiciones pertinentes de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, RECORDANDO TAMBIÉN que los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos conforme a sus

“Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, la cual tiene por objeto estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera y que dentro de los mecanismos que prevé la Convención se encuentran herramientas para los países

propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados ni de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional, REAFIRMANDO el principio de la soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático, RECONOCIENDO que los Estados deberían promulgar leyes ambientales eficaces, que las normas, los objetivos de gestión y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican, y que las normas aplicadas por algunos países pueden ser inadecuadas y representar un costo económico y social injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo, RECORDANDO las disposiciones de la Resolución 44/228 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1989, relativa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y las Resoluciones 43/53, de 6 de diciembre de 1988, 44/207 de 22 de diciembre de 1989, 45/212, de 21 de diciembre de 1990, y 46/169, de 19 de diciembre de 1991, relativas a la protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras, RECORDANDO TAMBIÉN las disposiciones de la Resolución 44/206 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1989, relativa a los posibles efectos adversos del ascenso del nivel del mar sobre las islas y las zonas costeras, especialmente las zonas costeras bajas, y las disposiciones pertinentes de la Resolución 44/172 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1989, relativa a la ejecución del Plan de Acción para combatir la desertificación, RECORDANDO ADEMÁS la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987, ajustado y enmendado el 29 de junio de 1990, TOMANDO NOTA de la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, aprobada el 7 de noviembre de 1990, CONSCIENTES de la valiosa labor analítica que sobre el cambio climático llevan a cabo muchos Estados y de la importante contribución de la Organización Meteorológica Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y otros órganos, organizaciones y organismos del sistema de las Naciones Unidas, así como de otros organismos internacionales e intergubernamentales, al intercambio de los resultados de la investigación científica y a la coordinación de esa investigación, RECONOCIENDO que las medidas necesarias para entender el cambio climático y hacerle frente alcanzarán su máxima eficacia en los planos ambiental, social y económico si se basan en las consideraciones pertinentes de orden científico, técnico y económico y se revalúan continuamente a la luz de los nuevos descubrimientos en la materia, RECONOCIENDO TAMBIÉN que diversas medidas para hacer frente al cambio climático pueden justificarse económicamente por sí mismas y pueden ayudar también a resolver otros problemas ambientales, RECONOCIENDO TAMBIÉN la necesidad de que los países desarrollados actúen de inmediato de manera flexible sobre la base de prioridades claras, como primer paso hacia estrategias de respuesta integral en los planos mundial, nacional y, cuando así se convenga, regional, que tomen en cuenta todos los gases de efecto invernadero, con la debida consideración a sus contribuciones relativas a la intensificación del efecto de invernadero, RECONOCIENDO ADEMÁS que los países de baja altitud y otros países insulares pequeños, los países con zonas costeras bajas, zonas áridas y semiáridas, o zonas expuestas a inundaciones, sequía y desertificación, y los países en desarrollo con ecosistemas montañosos frágiles, son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, RECONOCIENDO las dificultades especiales de aquellos países, especialmente países en desarrollo, cuyas economías dependen particularmente de la producción, el uso y la exportación de combustibles fósiles, como consecuencia de las medidas adoptadas para limitar las emisiones de gases de efecto invernadero, AFIRMANDO que las respuestas al cambio climático deberían coordinarse de manera integrada con el desarrollo social y económico con miras a evitar efectos adversos sobre este último, teniendo plenamente en cuenta las necesidades prioritarias legítimas de los países en desarrollo para el logro de un crecimiento económico sostenido y la erradicación de la pobreza, RECONOCIENDO que todos los países, especialmente los países en desarrollo, necesitan tener acceso a los recursos necesarios para lograr un desarrollo económico y social sostenible, y que los países en desarrollo, para avanzar hacia esa meta, necesitarán aumentar su consumo de energía, tomando en cuenta las posibilidades de lograr una mayor eficiencia energética y de controlar las emisiones de gases de efecto invernadero en general, entre otras cosas mediante la aplicación de nuevas tecnologías en condiciones que hagan que esa aplicación sea económica y socialmente beneficiosa, DECIDIDAS a proteger el sistema climático para las generaciones presentes y futuras. Han convenido en lo siguiente: ...”

que buscan promover y apoyar la cooperación para el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia, de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero en los sectores pertinentes, entre ellos la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos⁵⁵⁵.

Colombia es productora de dos de las tres grandes fuentes de producción de energía no renovables, esto es el carbón y el petróleo; entre tanto España es productora de la restante fuente de energía a gran escala, la energía nuclear, la cual ha experimentado accidentes graves. La explosión en la mina de carbón de Upper Big Branch, en el oeste de Virginia; el incendio y vertido de petróleo de Deepwater Horizon en el Golfo de México, y la crisis nuclear de Japón han puesto de relieve los peligros de la generación de energía convencional.

El 15 de marzo de 2011 Alemania, cerró temporalmente las siete centrales nucleares que se construyeron allí antes de 1980, mientras se revisaba. Esto nos indica la conveniencia de que el Legislador implemente una política pública que en la medida de lo posible se aleje de las fuentes de producción de energía citadas. Esta es una de las razones que nos obliga a pensar en la energía eólica.

La energía eólica definida por el Legislador como⁵⁵⁶; “la energía que puede obtenerse de las corrientes de viento”. El Gobierno colombiano⁵⁵⁷, al reglamentar la Ley, consideró a la energía eólica como “una fuente no convencional de energía”.

⁵⁵⁵ Cfr. “DECRETO 3683 DE 2003 (Diciembre 19). Por el cual se reglamenta la Ley 697 de 2001 y se crea una Comisión Intersectorial. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las establecidas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y en el artículo 45 de la Ley 489 de 1998 y, en desarrollo de la Ley 697 de 2001.

⁵⁵⁶ Cfr. LEY 697 DE 2001 (Octubre 3) Reglamentada por el Decreto Nacional 3683 de 2003. Mediante la cual se fomenta el uso racional y eficiente de la energía, se promueve la utilización de energías alternativas y se dictan otras disposiciones.

⁵⁵⁷ Cfr. “DECRETO 3683 DE 2003 (Diciembre 19). Por el cual se reglamenta la Ley 697 de 2001 y se crea una Comisión Intersectorial. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las establecidas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y en el artículo 45 de la Ley 489 de 1998 y, en desarrollo de la Ley 697 de 2001, y, CONSIDERANDO... Artículo 2°. Definiciones. Además de las definiciones contenidas en la Ley 697 de 2001, para efectos del presente decreto, se tendrán en cuenta las siguientes: Fuentes no convencionales de energía: Son aquellas fuentes disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleadas o son utilizadas de manera marginal y no se comercializan ampliamente. Se consideran fuentes no convencionales de energía, entre

7.1.1. ¿Qué es y de dónde procede?

“La energía eólica es la energía renovable más madura y desarrollada. Genera electricidad a través de la fuerza del viento, mediante la utilización de la energía cinética producida por efecto de las corrientes de aire. Se trata de una fuente de energía limpia e inagotable, que reduce la emisión de gases de efecto invernadero y preserva el medioambiente⁵⁵⁸”.

La energía eólica procede de la energía del sol (energía solar), ya que son los cambios de presiones y de temperaturas en la atmósfera los que hacen que el aire se ponga en movimiento, rovocando el viento, que los aerogeneradores aprovechan para producir energía eléctrica a través del movimiento de sus palas (energía cinética)⁵⁵⁹.

Gráfico 1. Energía Cinética



7.1.2. Historia de la energía eólica

“La energía eólica ha sido aprovechada desde la antigüedad para mover los barcos impulsados por velas o hacer funcionar la maquinaria de molinos al mover sus aspas. Desde principios del siglo XX, produce energía a través de los aerogeneradores. La energía eólica mueve una hélice y, mediante un sistema mecánico, hace girar el rotor de un generador que produce energía eléctrica⁵⁶⁰”.

otras, la energía solar, energía eólica, energía geotérmica, energía proveniente de fuentes de biomasa, pequeños aprovechamientos hidroenergéticos, energía proveniente de los océanos”.

⁵⁵⁸ Cfr. www.aeeolica.org/es/sobre-la-eolica/que-es/.

⁵⁵⁹ Cfr. www.economiadelaenergia.com/energiaeolica/.

⁵⁶⁰ Cfr. www.aeeolica.org/es/sobre-la-eolica/que-es/

La generación de energía eléctrica a partir de energía eólica tuvo lugar en Dinamarca en 1890, cuando se realizaron los primeros experimentos con aerogeneradores, llegando a producir hasta 200 kw (profesor La Cour)⁵⁶¹.

Desde el año 1995 hasta nuestros días hemos visto crecer exponencialmente la energía eólica en todo el mundo, destacando los países como España, Dinamarca, Holanda y Alemania. Según la Asociación Empresarial Eólica (AEE)⁵⁶², que publicó un ‘‘Estudio del impacto macroeconómico del sector eólico en España en 2010.

⁵⁶¹ *Ibíd.*

⁵⁶² Cfr. ‘‘Estudio del impacto macroeconómico del sector eólico en España en 2010. Deloitte advierte del riesgo de ‘‘desmantelamiento. Madrid, 20 de octubre de 2011.- Si 2009 fue un año complicado que supuso un punto de inflexión en el desarrollo del sector eólico en España, en 2010 se prolongó la tendencia de crecimiento negativo. ‘‘La inexistencia de unas reglas del juego a partir de 2013 está produciendo una reducción de actividad muy relevante en el sector que, de continuar en los próximos meses, podría suponer para España el desmantelamiento de un sector industrial muy potente y de gran relevancia internacional’’. Ésta es una de las conclusiones del Estudio del impacto macroeconómico del sector eólico en España en 2010, elaborado por la firma de consultoría Deloitte y presentado hoy en Madrid. El informe, que fue concluido antes de que el Ministerio de Industria comenzase la tramitación del Real Decreto sobre retribución eólica que ha provocado el rechazo del sector, afirma que, en este contexto, ‘‘es necesario definir con urgencia un marco retributivo estable, previsible, que garantice una rentabilidad adecuada de las inversiones que realicen las empresas que apuestan por la energía eólica’’. Precisamente, una de las principales quejas del sector sobre la norma propuesta por Industria es que no garantiza esta rentabilidad razonable que, además, es una exigencia de la Ley del Sector Eléctrico.

Debido a la incertidumbre regulatoria, ‘‘los promotores han paralizado el desarrollo de nuevas inversiones hasta que se establezca el nuevo modelo retributivo. Esto ha supuesto la caída de la demanda de equipos y componentes hasta niveles de demanda casi irrelevantes’’, señala el estudio. Añade que ‘‘en este sentido, revertir la tendencia de crecimiento negativo supondrá no sólo la recuperación del sector eólico, sino también un fuerte empuje para la economía española en su conjunto’’.

En 2010, la eólica aportó 2.984 millones de euros al PIB español, un 6,9% menos que en 2009. Según los datos aportados por Deloitte, el sector daba empleo (directa e indirectamente) a 30.747 personas a finales de 2010, lo que supone una reducción de casi 5.000 empleos respecto al año anterior. La Asociación Empresarial Eólica (AEE) ha advertido que, de salir adelante el Real Decreto eólico en los términos actuales, se destruirán más de 15.000 empleos hasta 2020 como consecuencia de la parálisis del sector. Por el contrario, si se cumplen los objetivos del Plan de Energías Renovables (PER) 2011-20, se llegaría hasta 51.000 puestos de trabajo a finales de la década, según los cálculos de AEE.

A pesar de las dificultades, en 2010 el sector eólico continuó ahorrándole dinero a la economía española, según el estudio. El ahorro logrado por la sustitución de importaciones de combustibles fósiles ascendió a 1.616 millones de euros. Asimismo, se ahorraron 329 millones de euros como consecuencia de las emisiones de gases de efecto invernadero evitadas. ‘‘El ahorro acumulado por estos dos conceptos durante el periodo 2005-2010 supera las primas recibidas por la eólica en más de 2.000 millones de euros’’, señala Deloitte. Además, el sector exportó por valor de 1.105 millones de euros el pasado año, aportó 156 millones a la balanza fiscal e invirtió 145 millones en I+D+i.

Según el estudio, ‘‘podría resultar paradójico que, para cumplir los importantes objetivos de aumento de potencia de generación eólica previstos para esta década en España y en el resto de la Unión Europea, el sector eólico español hubiese perdido su posición de liderazgo internacional: se está perdiendo la oportunidad de consolidar un sector industrial de vanguardia, en el que las empresas españolas siempre han sido la referencia’’. Tras la presentación de las cifras de 2010, José Donoso, presidente de AEE, explicó las razones por las que el sector no está de acuerdo con la norma eólica propuesta por Industria. Señaló que hay dos motivos fundamentales: un modelo de primas variables que impide saber cuáles van a ser los ingresos de un parque de un año para otro, lo que impide su financiación y, por tanto, hacer nuevos proyectos. Y unas condiciones

Deloitte advirtió del riesgo de “desmantelamiento”, por carencia de una normativa, se alerta de que se han paralizado las inversiones a falta de marco regulatorio y de que la demanda ha caído hasta niveles “casi irrelevantes” y que “revertir la tendencia de crecimiento negativo supondrá no sólo la recuperación del sector, sino también un fuerte empuje para la economía española”. Así mismo, según la firma de consultoría, “en los últimos cinco años, el ahorro en importaciones de combustibles fósiles y de emisiones de CO2 acumulado por la eólica supera en más de 2.000 millones de euros las primas percibidas por el sector”.

La energía eólica es la tercera fuente de generación eléctrica en España, por detrás del gas y la nuclear. En el año 2011, cubrió el 15,75% de la demanda eléctrica del país. España es el cuarto país del mundo por potencia eólica instalada, tras Estados Unidos, Alemania y China⁵⁶³.

Cabe recordar que, en diciembre de 2010, el Gobierno ya aprobó un recorte de un 35% de las primas a las renovables, al mismo tiempo que estableció un límite de horas de producción de cara a ahorrar al sistema más de doscientos millones anuales.

Se suma a lo anterior la incertidumbre del sector por ausencia de un marco regulatorio, que es una labor que el Legislador se ha abstenido de llevar a cabo; que establezca las reglas del juego a partir de 2013.

En España, al haberse expedido el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, se hizo un cambio retroactivo en las ayudas a la energía renovable y en consecuencia las compañías que invierten en energías renovables, carecen de seguridad jurídica, a raíz de que el recorte español fue muy perjudicial, el cual es obra del Estado legislador.

económicas que no garantizan la rentabilidad de los proyectos, y que suponen un recorte de facto del 40%. “En estas condiciones, nos enfrentamos a un apagón eólico”, indicó Donoso. Añadió que “el desarrollo de una fuente de energía como la eólica, endógena, limpia y competitiva, es fundamental para un país dependiente energéticamente como es España. Si ahora desmantelamos nuestra apuesta tecnológica, en el futuro nos veremos obligados a recurrir a tecnologías foráneas”. comunicacion@aeolica.org www.aeolica.org.

⁵⁶³ Cfr. www.aeolica.org/es/sobre-la-eolica/la-eolica-en-espana/.

Ahora, según nota de prensa emitida el 18 de julio de 2012 por la Asociación Empresarial Eólica⁵⁶⁴, parece que el Ejecutivo está barajando medidas que pueden ser el golpe definitivo para la eólica; consideradas de “dudosa legalidad” y agregó:

“El establecer un tributo que grave de un modo general e indiscriminado la producción de energía eólica podría solaparse, además de con el Impuesto sobre Electricidad, con algunos impuestos autonómicos de carácter medioambiental...

“...el impacto económico que tendría un impuesto semejante para el sector: le costaría unos 3.000 millones de euros, reduciría la rentabilidad de los parques un 30%, y alrededor del 15% de las instalaciones en marcha no podría hacer frente al pago del servicio de la deuda desde el primer momento, entre otras cosas.

“Esto supondría ir contra la Ley del Sector Eléctrico, que deja muy claro que ha de respetarse el principio de rentabilidad razonable. Atentaría contra la seguridad jurídica, porque supone romper las reglas del juego a mitad de partido. Y supondría la quiebra definitiva de la confianza de los inversores, nacionales e internacionales...

“La eólica es ya la tecnología que soporta una mayor presión fiscal ya que, a los impuestos comunes a las demás tecnologías (como son los estatales y los municipales), hay que añadir los cánones que se aplican en algunas comunidades autónomas. España está entre los países europeos en los que la eólica soporta una mayor carga fiscal”.

Y es que la atención medioambiental, obliga a una consideración importante para la salud de la población a través de una legislación, en todo lo relativo a contaminación y emisión de gases tóxicos, que no incorpore la desvaloración del medio ambiente para la obtención de una excelente calidad del aire.

Lo que resulta sin embargo de especial interés es que, en Colombia los legisladores que forman parte en ese instante del Estado legislador, son conscientes del efecto nocivo para la

⁵⁶⁴*Ibíd.*

salud y el medio ambiente la dependencia de combustibles fósiles, como el carbón y el petróleo; sin embargo, ninguno de ellos asume una defunción por las energías renovables, sino más bien se incrementa a través del Estado la oferta para la explotación y exploración de esas fuentes de energía, de tal forma que se establece una alianza entre la legislación y las empresas transnacionales interesadas en el asunto, política que impone limitaciones al tratamiento de las energías limpias.

7.1.3 Condiciones de una localización de un parque eólico⁵⁶⁵

Para que la energía eólica se establezca en una localización concreta, mediante parques eólicos, el lugar de instalación debe cumplir una serie de requisitos:

Gráfico 2. Parque eólico



Para empezar a evaluar el terreno donde irán instalados los aerogeneradores, primero hay que realizar una campaña de medición de viento a diferentes alturas (tanto dirección del viento, como velocidad de viento; esto es conocido como la rosa de los vientos) que durará como mínimo un año. De esta manera, se sabrá cómo debe ser la disposición de los aerogeneradores para obtener la mayor energía eólica posible. Además, esta campaña de medición servirá para corroborar que la ubicación es adecuada para instalar un parque eólico⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Cfr. www.economiadelaenergía.com/energíaeólica/.

⁵⁶⁶ Cfr. www.economiadelaenergía.com/energíaeólica/.

Los requisitos fundamentales para un emplazamiento son⁵⁶⁷:

- Más de 2.000 horas de producción eólica equivalente a potencia máxima (horas equivalentes).
- Respetar la avifauna del entorno, estableciendo si es preciso un paso para aves migratorias entre grupos de aerogeneradores.
- Lejanía de más de un kilómetro con núcleos urbanos para evitar la contaminación acústica de los parques eólicos.
- La energía eólica debe estar instalada en suelo no urbanizable, generalmente.
- No interferencia con señales electromagnéticas del entorno, ya que señales de televisión, radio o telefonía se pueden ver perjudicadas si no se instalan otros dispositivos que lo eviten⁵⁶⁸.

No se observa en Colombia, que el Estado legislador esté interesado en expedir una normativa medioambiental que responda a los lógicos criterios de protección del medio ambiente que nos rodea, que lleve consigo un control legislativo al uso de energías contaminantes; por ejemplo, la limitación del uso de vehículos en las grandes ciudades, junto con la peatonalización de todas las calles de los centros urbanos; es decir, no existe una política legislativa que tenga como objetivo la protección del medio ambiente y luchar contra los efectos nocivos del cambio climático.

7.2. Futuro de la energía eólica⁵⁶⁹

Actualmente muchos países cuentan con la energía eólica como una fuente de energía primaria en pleno desarrollo. Los países que destacan como futuros grandes generadores de energía eólica son: China, India, Sudamérica y EE.UU. De hecho, China cuenta ya con grandes fabricantes de aerogeneradores que han conseguido tecnologías muy fiables.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

Una de las formas de energía eólica más conocida es la energía eólica terrestre, ya que estamos familiarizados a ver aerogeneradores en tierra, sin embargo, la superficie del mar es tan extensa, y se presenta en ella el recurso eólico más abundante de la tierra, que se han desarrollado en los últimos años tecnologías para instalar aerogeneradores en el mar. Esta forma de energía eólica se conoce como energía eólica offshore o eólica marina⁵⁷⁰.

Gráfico 3. Energía cinética en el mar



Desde finales de 2004 se han presentado ante la autoridad competente (el Ministerio de Industria) varios proyectos de implantación de parques eólicos marinos (*offshore wind farms*) en algunos espacios marítimos de la península como el Estrecho de Gibraltar, el Cabo de Creus, el Delta del Ebro, y algunas zonas de la costa gallega⁵⁷¹.

El primer parque eólico marino del mundo, compuesto por 11 aerogeneradores de 450 kW, se construyó en Dinamarca en 1991 al norte de la isla de Lolland, en el mar Báltico. En el año 2002, tras la puesta en marcha de varios parques con distinta potencia, se inauguró el

⁵⁷⁰ Cfr. www.economiadelaenergía.com/energíaeólica/.

⁵⁷¹ Cfr. SANZ LARRUGA, Francisco Javier. *Aproximación al régimen jurídico sobre los parques eólicos marinos: Una asignatura pendiente*. Prof. Titular de Derecho Administrativo. Observatorio del Litoral. Instituto de Estudios Marítimos. Universidade da Coruña. <http://ruc.udc.es/ds..>, pp. 901.

parque de *Horns Rev*, el más grande del mundo con 80 aerogeneradores con una potencia instalada de 160 MW. Este país cuenta con el “Plan de acción sobre energía, *Energía 21*”, según el cual 4.000 MW de energía eólica serán instalados en emplazamientos marinos antes del año 2030, que se sumarán a otros 1.500 MW instalados en tierra para lograr cubrir más del 50% del consumo energético del país⁵⁷².

Por ejemplo⁵⁷³ en Abhu Dahbi, ciudad de Emiratos Árabes, están instalando una planta solar de 2,5 kilómetros cuadrados que generará 100 megavatios, lo que evitará la emisión de 175.000 toneladas de CO2 cada año, que es como retirar de circulación 15.000 automóviles o plantar 1.5 millones de árboles. En Dinamarca con el parque eólico Horns Reef, generarán el 75 por cien de la electricidad que utilizan por medio del viento para 2025 y cubrirán la demanda de 150.000 hogares durante un año sin arrojar una sola tonelada de contaminantes. Irlanda del Norte, por su parte, puso en funcionamiento la central hidroeléctrica más grande del mundo. El proyecto se llama Oyster. Dará 12.500 puestos de trabajo y podrá satisfacer hasta el 20% de la demanda energética del Reino Unido.

7.3. Tecnología fotovoltaica

La inversión en energía solar fotovoltaica en España, era una inversión muy segura ya que permitía que la venta de la energía producida por su instalación fotovoltaica estuviese regulada por Ley; porque el marco jurídico, establecido por los Reales Decretos 661/2007, 1578/2008, 1565/2010 y RDL14/2010, obligaba a la compañía eléctrica distribuidora a comprar la energía producida por su instalación a un precio determinado o “Tarifa”⁵⁷⁴.

La articulación de la protección del medioambiente en las Leyes, se intuye como el primer paso para lograr detener el impacto en la población de la contaminación producida por los combustibles fósiles.

⁵⁷² Cfr. SANZ LARRUGA, Francisco Javier. *Ob, cit, pp, 902.*

⁵⁷³ Cfr. EL TIEMPO, www.eltiempo.com.co, 17 de junio de 2012, pp. 4.

⁵⁷⁴ Cfr. www.sapa-solar.com/spain/fotovoltaica/index.html.

Un desarrollo medioambiental sostenible se define con la utilización del territorio colombiano, para la preservación de los recursos naturales y la promoción y utilización de energías renovables, en orden a garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.

De manera que las herramientas que ofrece la legislación colombiana para la promoción de energías renovables, particularmente la eólica y la fotovoltaica, en el mejor de los supuestos, no se han expedido y no existen proyectos que apunten a la promulgación de una normativa que permita a todos los colombianos disfrutar de un medioambiente sano⁵⁷⁵, con una excelente calidad del aire, asunto totalmente paradójico en un país ubicado en una región muy privilegiada y tampoco se ha expedido una normativa que contemple la responsabilidad privada de cada ciudadano, que además de derechos, tiene deberes y cargas que no se pueden pasar por alto. Es decir, existe una omisión de la Ley este aspecto.

Se requiere en Colombia una protección legislativa que incluya todo el territorio, porque no solo requerimos un aire puro en las ciudades, además, se debe prohibir la deforestación, lo cual obliga a que la población realice trabajos de mejora y rehabilitación de los bosques que han sido talados y además que esas tareas deberán ejecutarse a costa de los propietarios de los terrenos, para que todos entendamos que es un deber común la protección del medio ambiente.

7.3.1. ¿Qué es la tecnología fotovoltaica?

Considerada como una tecnología de vanguardia⁵⁷⁶, porque convierte la luz directamente en electricidad. El método más conocido para generar energía solar es mediante el uso de células solares. Las células fotovoltaicas requieren ser protegidas del entorno y por lo general se encuentran incrustadas entre láminas de vidrio. Cuando se necesita más potencia que la que una única célula puede proporcionar, las células están conectadas entre sí eléctricamente para formar un módulo fotovoltaico (panel solar). Un metro cuadrado de módulos puede producir

⁵⁷⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

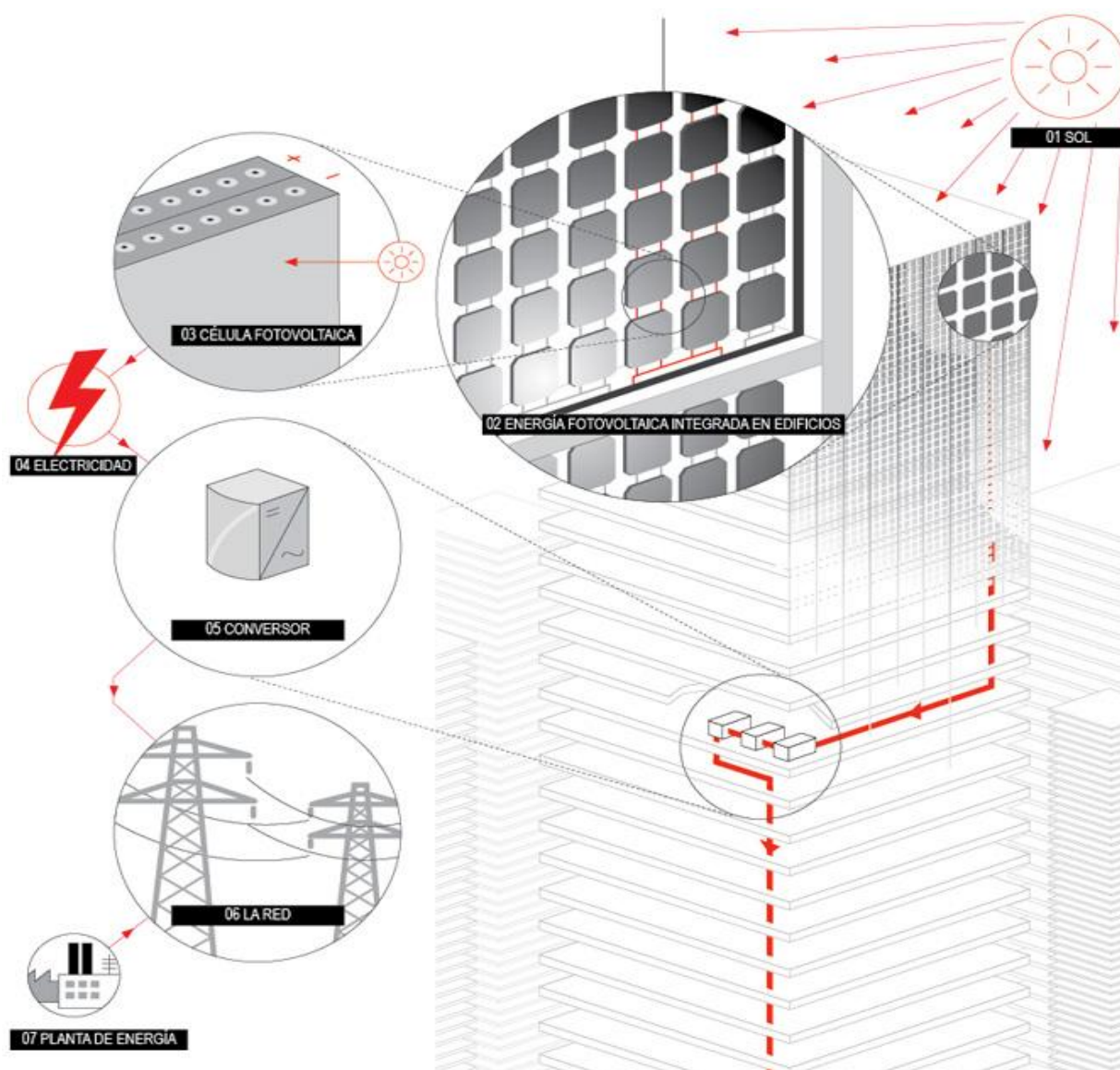
Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

⁵⁷⁶ *Ibíd.*

una media de 100 W de potencia. Los módulos se conectan entre sí para producir la energía eléctrica requerida⁵⁷⁷. La explicación del proceso fotovoltaico derivado de la radiación solar a la energía conectada a la red, ha sido explicado así⁵⁷⁸:

Los fotones (01) son captados por las células fotovoltaicas (02) y se convierten en corriente eléctrica (03-04). Mediante un conversor (05) electricidad se puede pasar a la red.

Gráfico 4. Plano de funcionamiento de una planta de tecnología fotovoltaica⁵⁷⁹.



⁵⁷⁷ *Ibíd.*

⁵⁷⁸ *Ibíd.*

⁵⁷⁹ Cfr. www.sapa-solar.com/spain/fotovoltaica/index.html

7.4. Legislación sobre las energías renovables en España

El Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, obligaba a la incorporación de instalaciones solares térmicas en todas las edificaciones donde hubiera consumo de agua caliente sanitaria, y a la incorporación de paneles solares fotovoltaicos en ciertas edificaciones del sector terciario. Estas medidas afectaban a los nuevos edificios y a aquellos que se rehabilitasen en España⁵⁸⁰.

En el Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético, se eliminaba la necesidad de autoconsumo eléctrico de las plantas que utilizan la cogeneración, primando no sólo los excedentes eléctricos, sino toda la electricidad cogenerada, en sintonía con la Directiva 2004/8/CE, relativa al fomento de la cogeneración. Se establecía la posibilidad de que todas estas plantas (no sólo las menores de 10MW) fueran retribuidas con el complemento de una prima por encima del precio del mercado durante 10 años desde su puesta en marcha. Se eliminaba la banda de retribución de las instalaciones de generación que utilizaban las energías renovables, entre el 80 y el 90 por 100 de la tarifa eléctrica media⁵⁸¹.

El 12 de mayo de 2007 fue publicado en el BOE el Real Decreto 616/2007, de 11 de mayo, sobre fomento de la cogeneración. Mediante este Real Decreto se incorporaba al Derecho español el contenido de la Directiva 2004/8/CE (fomento de la cogeneración) y se desarrollaba el artículo 6 de la Ley 24/2005 en lo relativo a la información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente⁵⁸².

El 26 de mayo de 2007 se aprobó el Real Decreto 661/2007, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Así, se sustituía el Real Decreto 436/2004 y se establecía un régimen económico transitorio para las instalaciones pertenecientes a su ámbito de aplicación. Además, el Real Decreto 661/2007 determinaba una prima para las instalaciones de potencia superior a 50 MW que utilizasen energías renovables

⁵⁸⁰ Cfr. Comisión Nacional de Energía. www.cne.es. 2011.

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*

(con excepción de la hidráulica), las cogeneraciones y las instalaciones de co-combustión de biomasa y/o biogás⁵⁸³.

Los cambios más significativos que este Real Decreto planteó frente a la regulación anterior son los siguientes:

- Los nuevos parques eólicos deberán ser capaces de mantenerse conectados a la red ante una breve caída de tensión en la misma.
- Se permite la hibridación en instalaciones de biomasa y solar termoeléctrica.
- Se previó que en 2008 se comenzó la elaboración del Plan de Energías Renovables 2011-2020⁵⁸⁴.

El 1 de junio de 2007 se publicó la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, por la que se estableció la regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Según esta Orden, será la Comisión Nacional de Energía el organismo responsable de la expedición y gestión, mediante un sistema de anotaciones en cuenta, de las garantías de origen de la electricidad generada de esta forma⁵⁸⁵.

En julio de 2007 se publicó la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modificaba la Ley 54/1997, del sector eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. En ella se estableció que el Gobierno podrá determinar una prima para aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica de cogeneración o que utilicen como energía primaria, energías renovables no consumibles y no hidráulicas, biomasa, biocarburantes o residuos agrícolas, ganaderos o de servicios, aun cuando la potencia instalada sea superior a 50 MW. Por otra parte, se acordó modificar el Plan de Fomento de las Energías Renovables, para adecuarlo a los objetivos que ha establecido a este respecto la Unión Europea del 20% para 2020⁵⁸⁶.

⁵⁸³ *Ibíd.*

⁵⁸⁴ *Cfr. Comisión Nacional de Energía. www.cne.es. 2011.*

⁵⁸⁵ *Ibíd.*

⁵⁸⁶ *Ibíd.*

El 1 de agosto de 2007 se publicó el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se estableció el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial⁵⁸⁷.

Posteriormente, fue aprobado el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para las instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. Este Real Decreto clasificó las nuevas instalaciones en dos tipologías, según estén ubicadas en cubiertas (tipo I) o en suelo (tipo II). Dentro de las primeras existen dos subtipos: se diferencia aquellas instalaciones con potencia inferior o igual a 20 kW (tipo I.1) de aquellas con potencia superior a 20 kw. (tipo I.2.)⁵⁸⁸.

El 23 de noviembre de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regularon y modificaron determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (Real Decreto 1565/2010), que entró en vigor al día siguiente de su publicación, a saber, el 24 de noviembre de 2010⁵⁸⁹.

Este Real Decreto modificó principalmente la prima que se percibe por la venta de energía generada en centrales solares fotovoltaicas, entre otras; así como varias modificaciones legales respecto a anteriores Reales Decretos (RD 436-2004, RD 661-2007, RD 1578-2008)⁵⁹⁰.

Posteriormente, el 7 de diciembre de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regularon y modificaron determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ Cfr. Comisión Nacional de Energía. www.cne.es. 2011.

⁵⁸⁸ *Ibíd.*

⁵⁸⁹ Cfr. <http://solucionrenovable.blogspot.com/2010/12/nueva-legislacion-de-energias.html>.

⁵⁹⁰ *Ibíd.*

⁵⁹¹ *Ibíd.*

Este Real Decreto introdujo varias modificaciones legales respecto a anteriores Reales Decretos (RD 436-2004, RD 661-2007, RD 1578-2008), en lo que a generación, de energía solar termoeléctrica y eólica, en régimen especial se refiere⁵⁹².

El Tribunal Supremo⁵⁹³, se pronunció acerca de un escrito de demanda que interpusieron una persona natural y 34 sociedades limitadas, con fecha 14 de enero de 2011, el recurso contencioso-administrativo número 19/2011 contra el Real Decreto número 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regularon y modificaron determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Luego las sociedades desistieron.

En aquélla oportunidad, la demanda se instauró para buscar la nulidad del Real Decreto 1565/10, por vicios de procedimiento para su aprobación y en forma subsidiaria: “se anule el apartado Diez del artículo Primero del Real Decreto 1565/2010, de 10 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial”.

Luego de hacer un análisis el Tribunal negó las pretensiones y entre otras cosas concluyó: *“Pues bien, la desaparición de la tarifa regulada a partir del año 30 (lo que sigue implicando la subsistencia de un régimen temporal aún favorable para los recurrentes frente a los 25 años del resto de instalaciones **fotovoltaicas** ya dichas) podía calificarse de modificación normativa al menos previsible. La confianza legítima no padece por ello tanto menos cuanto que ni siquiera queda demostrado que la reducción de aquel período temporal implique que, en el momento de su plena efectividad (esto es, dentro de 30 años), los titulares de las instalaciones **fotovoltaicas** vayan a sufrir perjuicios reales. Bien pudiera darse el caso de que el precio de mercado de la energía eléctrica dentro de 30 años sea superior a la tarifa regulada –actualizada que fijó en el año 2007 el Real Decreto 661/2007 y que el Real Decreto 1565/2010 continúa manteniendo, en cuya hipótesis (y no se puede sino hacer conjeturas*

⁵⁹² *Ibíd.*

⁵⁹³ Cfr. *STS 5035/2012. Id Cendoj: 28079130032012100373. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 3. N° de Recurso: 19/2011. N° de Resolución: . Procedimiento: CONTENCIOSO. Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA. Tipo de Resolución: Sentencia. Dieciocho de julio de 2012.*

*sobre qué sucederá en el sector energético dentro de 30 años) aquellos productores, facultados como están para vender su energía en el mercado o por medio de contratos bilaterales, ningún daño económico sufrirían. No se descarta, en efecto, que antes de aquella fecha la rentabilidad de la inversión en instalaciones **fotovoltaicas** pueda ser satisfecha de modo adecuado por el precio de mercado, en paridad con otros sistemas de generación de energía eléctrica”.*

7.5. La situación actual de las renovables en España⁵⁹⁴

El legislador español no ha prestado demasiada atención a las energías renovables. Desde finales de los años 70, y debido a la crisis del petróleo, se empiezan a dictar algunas normas sobre esta materia. Sin embargo, suelen ser normas muy puntuales, sobre subvenciones, especificaciones técnicas o simplemente para buscar un mayor ahorro energético. No ha existido, ni existe verdaderamente, un marco legal sólido y significativo en el que se pueda apoyar el desarrollo de este tipo de energías⁵⁹⁵.

La situación de las renovables en España, es la siguiente:

Según Anpier, a 5 de julio de 2012⁵⁹⁶:

“La Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (Anpier) pidió hoy al Gobierno que paralice la nueva regulación en materia energética y que active “cuanto antes” el grupo de trabajo propuesto por el comisario europeo de Energía.

Asimismo, las renovables subrayaron que “un país sin un modelo energético adecuado es un país sin futuro, y recordaron que el 80% de la energía consumida en España proviene de combustibles fósiles y el 79% de las necesidades energéticas se satisfacen con materias importadas”.

Lo más grave lo denuncia el 19 de julio de 2012, Angel Vadillo⁵⁹⁷ y que por su importancia se transcribe a continuación:

594. Cfr. NAVARRO SUSINO, Consuelo. *El nuevo reto de las energías alternativas. Medio Ambiente y Derecho.* www.cica.es/aliens/.../05/reto_energias_alternativas.htm -

595. *Ibíd.*

596. Cfr. www.eleconomista.es, Madrid, 5 de julio de 2012.

597. Cfr. www.elpais.com. Nota escrita por D. José María Aménos Vidal, en un artículo de prensa titulado: “Angel Vadillo: Las claves de una huelga de hambre”.

“A punto de cumplir los cuarenta días en huelga de hambre para forzar la suspensión de la moratoria renovable, Angel Vadillo nos explica las razones que han llevado al presidente del gobierno Mariano Rajoy y su gabinete ministerial a aprobar el Real Decreto Ley - RDL 1/2012 que ha arruinado a uno de los sectores estratégicos de la economía española necesarios e imprescindibles para superar la profunda crisis económica y energética en la que se halla sumido el país. Citamos sus palabras recogidas en los medios.

Los intereses de Unesa (Asociación Española de la Industria Eléctrica) manejan un auténtico monopolio energético en España a través de Iberdrola, Endesa, Gas Natural e Hidrocarburos del Cantábrico, tienen un gran negocio montado y un altísimo margen de beneficios del que no quieren prescindir. La reacción de estos grandes del sector ante la bajada del consumo de la energía por motivo de la crisis es parar al sector de las renovables y que se deje de apostar por ellas, para no repartirse el mercado.

Las grandes eléctricas con una tremenda influencia en el Gobierno por su amplia plantilla que cuenta con políticos, tienen desde dos ex-presidentes, Felipe González en gas natural ganando alrededor de 200.000 euros anuales y José María Aznar ganando mas de 300.000 en Endesa, hasta ex-ministros de industria, y ahora el marido de María Dolores de Cospedal (secretaria general del PP - Partido Popular) en Iberdrola.

La estrecha relación de estas empresas con políticos en nómina, implica que sean quienes nombren a ministros, secretarios de estado, etc ... decidiendo la política energética que tiene que seguir el país a sabiendas de que las renovables son el único sector estructural para muchas poblaciones. Varios estudios son claros en esto, si comenzáramos a apostar por las renovables, en unos años estaríamos hablando de una factura de la luz un 50% más barata.

España solo tiene un sector para salir de la crisis. Tenemos que cambiar el modelo energético, no podemos seguir con este y el monopolio que supone. La clave es sociabilizar los recursos, que la producción, distribución y comercialización deje de estar en manos de un solo monopolio y que cualquier pequeña y mediana empresa o ciudadano en su propia casa pueda producir su energía.

Varias empresas dispuestas a invertir se han visto obligadas a cerrar, mientras que otras tantas han tenido que salir del país para poner en práctica su tecnología, porque no se les concede oportunidades aquí. Estamos dejando escapar recursos y perdiendo beneficios, destrozando el presente y el único futuro del país.

Lo prometido por España para el 2020 en la cumbre de Kyoto es la apuesta por las renovables pero ahora es todo lo contrario, incluso empezarán por alargar a 40 los años de vida de las centrales nucleares y las estructuras de ciclo combinado se reabrirán con el desastre ecológico que eso supondría.

Un modelo energético distinto, de energías limpias y por el ahorro, es lo único que tenemos en España para empezar a generar empleo y confianza en la gente, dentro y fuera de nuestras fronteras, poseemos toda la materia prima y las condiciones perfectas, algo de lo que pocos países poseen”.

Se trata de una grave denuncia, sobretudo por el componente normativo que ha existido en España destinado a la articulación en su conjunto de una serie de medidas destinadas a la protección de las energías renovables. Y es que es preciso insistir, en que es un error monumental del Estado legislador expedir una normativa que ha producido un efecto dañino.

7.6. Las renovables en Colombia⁵⁹⁸

Los vientos en Colombia están entre los mejores de Sudamérica. Regiones en donde se han investigado, como en el departamento de la Guajira, han sido clasificados vientos clase 7 (cerca de los 10 metros por segundo (m/s). La única región con esta clasificación en Latinoamérica es la Patagonia, ubicada en Chile y Argentina⁵⁹⁹.

Colombia tiene un potencial estimado de energía eólica de 21GW solamente en el departamento de la Guajira (lo suficiente para satisfacer casi dos veces la demanda nacional de energía). Sin embargo, el país solamente ha instalado 19.5MW en energía eólica, explotando 0.4% de su potencial teórico. Esta capacidad la aprovecha principalmente el Parque de Jepirachí, desarrollado por Empresas públicas de Medellín (EPM) bajo Carbón Finance, un mecanismo anexado al Banco Mundial. También hay varios proyectos bajo consideración, incluyendo un parque eólico de 200MW en Ipapure⁶⁰⁰.

Según el diario El Tiempo⁶⁰¹, “los vientos de La Guajira se convertirán en una alternativa energética para el país”.

Gracias al viento del nordeste, que sopla 360 días al año en este departamento, se podrán generar el próximo año 19,5 megavatios, con unos aerogeneradores que están instalando las Empresas Públicas de Medellín, en pleno desierto.

598 Cfr. Ley 697 de 2001- Tema: ENERGÍA ELÉCTRICA

Concepto, art. 1, art. 2 numeral 1. Uso eficiente de energía, art. 2. numeral 2. Desarrollo sostenible, art. 2, numeral 3. Aprovechamiento óptimo, art. 2. numeral 4. Fuente energética, art. 2, numeral 5. Cadena energética, art. 2. numeral 6. Eficiencia energética, art. 2, numeral 7. Fuentes convencionales y no convencionales de energía, art. 2 numerales 8 y 9. Energía solar, art. 10. Energía Eólica, art. 11. Geotérmica, art. 12. Biomasa, art. 13. Creación, art. 5. Divulgación, art. 8. Promoción, art. 9.

607 <http://wikipedia.org/wiki/>.

608 <http://wikipedia.org/wiki/>.

609 www.eltiempo.com.co El Tiempo, Bogotá, D.C., 11 de diciembre de 2003.

599 *Ibíd.*

600 *Ibíd.*

601 *Ibíd.*

Esta energía eólica irá a parar a la bolsa nacional como reserva para cuando haga falta la energía producida por las hidroeléctricas, pues cada año los veranos son más extensos y las fuentes de agua decrecen.

Se da esa complementariedad de energía, cuando hay fuertes lluvias nuestros embalses ganan y tenemos generación hidráulica a unos precios más competitivos, pero en periodos de estiaje, los vientos son máximos, entonces tenemos esa complementariedad de energías en el país.

Para esto las Empresas Públicas de Medellín diseñaron el prime parque eólico de Colombia, bautizado Japirachi (viento del nordeste en wayuu) y que quedó en 165 hectáreas de las rancherías Arutkajuy, Kasiwolin y Medialuna, de Uribia, a dos horas y media de Riohacha.

La inversión fue de 27,8 millones de dólares y según los técnicos de Empresas Públicas de Medellín esta energía, a mediano y largo plazo, será más económica que las que producen las hidroeléctricas.

El parque en La Guajira es un proyecto piloto que pretende estudiar cómo responden los aparatos importados de Alemania al clima desértico, el viento a las expectativas de la empresa y los wayuu a un nuevo uso del nordeste.

El viento les pega a unas palas y el movimiento es transmitido, a través de las torres del aerogenerador, a una caja multiplicadora que alcanza las 1.800 revoluciones por minuto, que un generador convierte en 680 voltios.

Luego, a través de cables, la energía pasa a la estación transformadora, donde se recoge la producción de los 15 aerogeneradores y un transformador los levanta a 110.000 voltios para ponerlos en red.

Según las Empresas Públicas de Medellín⁶⁰², en un informe sobre la exploración de energías alternativas en las cuencas del Magdalena y Cauca, rendido en junio de 2006, señaló:

“Colombia en general y la Cuenca Magdalena Cauca en particular, poseen una gran diversidad de recursos energéticos. Las E. renovables se perfilan cada vez más como alternativas de futuro. La generación hidroeléctrica es particularmente competitiva en Colombia.

A gran escala, la eólica está más cercana a los niveles de competitividad en Colombia. La Geotermia da señales importantes en esta línea. Otras fuentes alternativas podrían eventualmente ser competitivas, dependiendo del propósito y situación particular. Biocombustibles y la dendroenergía requieren de análisis específicos dadas las particularidades que una región como la Cuenca del Magdalena ofrece en términos de producción de biomasa.

El aprovechamiento de residuos sólidos urbanos y agroindustriales tienen gran potencial como alternativa de manejo ambiental. Posibilidad de implementar programas de clasificación de pequeñas aplicaciones a través de incentivos nacionales e internacionales”.

En cuanto a la Energía solar Colombia tiene suficientes recursos por su ubicación en la zona ecuatorial, pero el país se encuentra en una región compleja de los Andes donde los climas cambian frecuentemente. La radiación media es de 4.5 kWh/m², y el área con mejor recurso solar es la Península de la Guajira, con 6kWh/m² de radiación. De los 6 MW de energía solar instalados en Colombia (equivalente a aproximadamente 78,000 paneles solares), 57% está distribuido para aplicaciones rurales y 43 por ciento para torres de comunicación y señalizaciones de tránsito. Los sistemas solares pueden ser muy apropiados para aplicaciones en zonas rurales, donde la demanda de energía se encuentra en zonas alejadas por lo cual es

⁶⁰² Cfr. *Exploración de energías alternativas en la cuenca Magdalena – Cauca. Gerencia Generación Energía. Área Expansión y Finanzas Junio de 2006. La energía eólica como posibilidad de aprovechamiento.*

muy costoso conectarlo a la red nacional (UPME 2005)²⁾ En Colombia se podría generar en mayor escala en las zonas del Magdalena, La Guajira, San Andrés y Providencia⁶⁰³.

7.6.1. Régimen legal de las renovables en Colombia

Con la expedición de la Ley 697 de 2001, de octubre 3, reglamentada por el Decreto Nacional 3683 de 2003, se establecieron algunas definiciones y se delegó en el Ministerio de Minas y Energía, la promoción y asesoría de proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, sobre el uso racional y eficiente de la energía; la ley dispuso:

“Artículo 4°. Entidad responsable. El Ministerio de Minas y Energía, será la entidad responsable de promover, organizar, asegurar el desarrollo y el seguimiento de los programas de uso racional y eficiente de la energía de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley, y cuyo objetivo es:

1. Promover y asesorar los proyectos URE, presentados por personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, de acuerdo con los lineamientos del programa de Uso Racional y Eficiente de la Energía y demás formas de energía no convencionales (PROURE), estudiando la viabilidad económica, financiera, tecnológica y ambiental.

2. Promover el uso de energías no convencionales dentro del programa de Uso Racional y Eficiente de la Energía y demás formas de Energía no Convencionales (PROURE), estudiando la viabilidad tecnológica, ambiental y económica”.

Por tanto, en este momento es el Ministerio de Minas y Energía y no el Congreso el responsable de la promoción de energías no convencionales, ya que en el Congreso cumplió con la expedición de la Ley; su puesta en marcha depende del Gobierno que se interese más en no depender de los combustibles fósiles, sino que se incentive la producción de energías renovables.

603 Cfr. *Energía solar* wikipedia.org/wiki/Energías_renovables_en_Colombia (2) ESMAP, 2007. *Review of Policy Framework for Increased Reliance on Renewable Energy in Colombia*. In press (en inglés).

Así mismo, la Ley contempló una serie de definiciones que se deberán tener en cuenta en el instante en que los proyectos se echen a andar, como son:

“Artículo 3°. Definiciones. Para efectos de interpretar y aplicar la presente ley se entiende por:

1. URE: Es el aprovechamiento óptimo de la energía en todas y cada una de las cadenas energéticas, desde la selección de la fuente energética, su producción, transformación, transporte, distribución, y consumo incluyendo su reutilización cuando sea posible, buscando en todas y cada una de las actividades, de la cadena el desarrollo sostenible.

2. Uso eficiente de la energía: Es la utilización de la energía, de tal manera que se obtenga la mayor eficiencia energética, bien sea de una forma original de energía y/o durante cualquier actividad de producción, transformación, transporte, distribución y consumo de las diferentes formas de energía, dentro del marco del desarrollo sostenible y respetando la normatividad, vigente sobre medio ambiente y los recursos naturales renovables.

3. Desarrollo sostenible: Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.

4. Aprovechamiento óptimo: Consiste en buscar la mayor relación beneficio-costos en todas las actividades que involucren el uso eficiente de la energía, dentro del marco del desarrollo sostenible y respetando la normatividad vigente sobre medio ambiente y los recursos naturales renovables.

5. Fuente energética: Todo elemento físico del cual podemos obtener energía, con el objeto de aprovecharla. Se dividen en fuentes energéticas convencionales y no convencionales.

6. Cadena Energética: Es el conjunto de todos los procesos y actividades tendientes al aprovechamiento de la energía que comienza con la fuente energética misma y se extiende hasta su uso final.

7. Eficiencia Energética: Es la relación entre la energía aprovechada y la total utilizada en cualquier proceso de la cadena energética, dentro del marco del desarrollo sostenible y respetando la normatividad vigente sobre medio ambiente y, los recursos naturales renovables.

8. Fuentes convencionales de energía: Para efectos de la presente ley son fuentes convencionales de energía aquellas utilizadas de forma intensiva y ampliamente comercializadas en el país.

9. Fuentes no convencionales de energía: Para efectos de la presente ley son fuentes no convencionales de energía, aquellas fuentes de energía disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleadas o son utilizadas de manera marginal y no se comercializan ampliamente.

10. Energía Solar: Llámese energía solar, a la energía transportada por las ondas electromagnéticas provenientes del sol.

11. Energía Eólica: Llámese energía eólica, a la energía que puede obtenerse de las corrientes de viento.

12. Geotérmica: Es la energía que puede obtenerse del calor del subsuelo terrestre.

13. Biomasa: Es cualquier tipo de materia orgánica que ha tenido su origen inmediato como consecuencia de un proceso biológico y toda materia vegetal originada por el proceso de fotosíntesis, así como de los procesos metabólicos de los organismos heterótrofos.

14. Pequeños aprovechamientos hidroenergéticos: Es la energía potencial de un caudal hidráulico en un salto determinado que no supere el equivalente a los 10 MW”.

En este aspecto, el Congreso no ha cumplido su tarea en forma integral, es decir el Estado Legislador ha quedado en deuda con el país, ya que no se ha interesado por la promoción de energías no convencionales:

“Artículo 1°. Declarase el Uso Racional y Eficiente de la Energía (URE) como un asunto de interés social, público y de conveniencia nacional, fundamental para asegurar el abastecimiento energético pleno y oportuno, la competitividad de la economía colombiana, la protección al consumidor y la promoción del uso de energías no convencionales de manera sostenible con el medio ambiente y los recursos naturales”.

Además, el Estado legislador ha omitido establecer las normas de infraestructura necesarias en materia económica y ambiental para un desarrollo:

“Artículo 2°. El Estado debe establecer las normas e infraestructura necesarias para el cabal cumplimiento de la presente ley, creando la estructura legal, técnica, económica y financiera necesaria para lograr el desarrollo de proyectos concretos, URE, a corto, mediano y largo plazo, económica y ambientalmente viables asegurando el desarrollo sostenible, al tiempo que generen la conciencia URE y el conocimiento y utilización de formas alternativas de energía”.

Un aspecto regulado en la Ley que no podemos pasar por alto es el relacionado con los estímulos consagrados en la Ley para la promoción de energías renovables, en los que el Estado colombiano, ha sido inferior a la realidad nacional consistente en un incremento en las ciudades capitales de la contaminación ambiental. Tampoco hemos observado que el Estado promueva la promoción de carreras o especializaciones destinadas al Uso Racional y Eficiente de la Energía, con lo cual notamos una despreocupación del Estado legislador por el fenómeno del calentamiento global. La ley ordenó:

“Artículo 7°. Estímulos y sanciones.

1. Para la investigación: El Gobierno Nacional propenderá por la creación de programas de investigación en el Uso Racional y Eficiente de la Energía a través de Colciencias, según lo establecido en la Ley 29 de 1990 y el Decreto 393 de 1991.

2. Para la educación: El Icetex beneficiará con el otorgamiento de préstamos a los estudiantes que quieran estudiar carreras o especializaciones orientadas en forma específica a aplicación en el campo URE.

3. Reconocimiento Público: El Gobierno Nacional creará distinciones para personas naturales o jurídicas, que se destaquen en el ámbito nacional en aplicación del URE; las cuales se otorgarán anualmente. El Ministerio de Minas y Energía dará amplio despliegue a los galardonados en los medios de comunicación más importantes del país.

4. Generales: Reglamentado por el Decreto Nacional 2225 de 2010. El Gobierno Nacional establecerá los incentivos e impondrá las sanciones, de acuerdo con el programa de uso racional y eficiente de la energía y demás formas de energía no convencionales, de acuerdo a las normas legales vigentes”.

7.7. Responsabilidad del Estado legislador en la regulación de energías renovables en España

La protección y planificación que el Estado legislador español intenta traducir en legislación, en el tema de las energías limpias apunta a la afectación de empresas que amparadas en normas preestablecidas, luego el Estado establece modificaciones encaminadas hacia nuevas formas de liquidación de las primas y dentro de esa valoración jurídica el Estado verifica si algunas de ellas incurrieron en fraudes particularmente en el sector fotovoltaico (Real Decreto 1003/2010)⁶⁰⁴.

604. Cfr. MENDOZA LOSANA, Ana Isabel. Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo. Anofesora contratada doctora de Derecho. RECORTES A LAS RENOVABLES APROBADOS POR RD 1565/2010 Y RD 1614/2010. www.gomezacebo-pombo.com.

El Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE núm. 283, de 23-11-2010) y el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrica y eólica (BOE núm. 298, 8-12-2010)⁶⁰⁵.

Frente al tema, se dijo: “modifican (a la baja y en desigual proporción) el régimen de retribución de la producción especial de energía eléctrica con tecnología solar fotovoltaica, eólica y termoelectrica y aunque pretenden facilitar la tramitación de los procedimientos administrativos implantando la solicitud electrónica obligatoria, establecen nuevas restricciones al acceso al régimen especial⁶⁰⁶”.

Son “medidas que suponen recortes o restricciones al acceso al régimen de producción especial de energía eléctrica con tecnologías renovables⁶⁰⁷”.

7.7.1. Limitación de horas con derecho a retribución⁶⁰⁸

“Con la finalidad de racionalizar el futuro desarrollo de ambas tecnologías y limitar su coste para el sistema, se limitan las horas de funcionamiento anual con derecho a prima o prima equivalente para las futuras instalaciones (horas equivalentes de referencia) (art. 2 RD 1614/2010). Para las eólicas, el nuevo Real Decreto limita a 2.589 horas al año el pago de la prima, pero sólo en los años en que la media nacional supere las 2.350 horas. De no superarse este límite, no se aplicará limitación por número de horas equivalentes de referencia”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ *Ibíd.*

⁶⁰⁶ *Ibíd.*

⁶⁰⁷ *Ibíd.*

⁶⁰⁸ *Ibíd.*

⁶⁰⁹ Cfr. MENDOZA LOSANA, Ana Isabel. , *Ob, Cit*

7.7.2. Supresión de primas para instalaciones de potencia superior a 50 MW⁶¹⁰

“Aunque el RD 661/2007 situó el límite de potencia instalada para acogerse al régimen especial en los 50 MW, se admitía que ciertas instalaciones de potencia instalada mayor de 50 MW de tecnologías análogas a las de la categoría b, excepto las hidroeléctricas, pudieran percibir la prima establecida en el artículo 45.2 del RD 661/2007. Con la nueva regulación se amplían las instalaciones que no pueden acceder a dicha prima, uniéndose a las hidroeléctricas, las solares termoeléctricas y las eólicas de potencia instalada superior a 50 MW (art. 45.2 RD 661/2007 en redacción dada por art. 1º. Once RD 1565/2010)⁶¹¹”.

7.7.3. Reducción extraordinaria de la tarifa fotovoltaica para las nuevas instalaciones⁶¹²

“Los valores de las tarifas de las instalaciones fotovoltaicas se reducen un 5% para las instalaciones sobre cubierta de hasta 20 kW, un 25% para las instalaciones sobre cubierta de hasta 2 MW y un 45 % para las instalaciones en suelo (DA 4ª RD 1565/2010). La reducción es “extraordinaria” en la medida en la que afectará sólo a la primera convocatoria de inscripción en el Registro de preasignación de retribución cuyo plazo de presentación de solicitudes se inicie con posterioridad al 24 de noviembre de 2010, esto es, la correspondiente al tercer trimestre de 2011 conforme al calendario establecido en el Anexo III, apartado 2 (iii) del RD 1578/2008. Sin embargo, dicha reducción no será considerada a efectos del cálculo de la retribución de los cupos de potencia para el año siguiente⁶¹³”.

Así mismo, “se presenta una reducción transitoria de primas, porque “se reducen las primas en un 35% para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, para las instalaciones de tecnología eólica acogidas al Real Decreto 661/2007 y aquellas de potencia superior a 50 MW vinculadas a las de régimen especial (art. 5

⁶¹⁰ *Ibíd.*

⁶¹¹ *Ibíd.*

⁶¹² *Ibíd.*

⁶¹³ *Ibíd.*

RD 1614/2010), sin que resulten aplicables las fórmulas de actualización previstas en el artículo 44.1 del RD 661/2007 (referidas al IPC)⁶¹⁴”.

7.7.4. Real Decreto-ley 1/2012, de supresión de incentivos a las nuevas instalaciones eléctricas⁶¹⁵

“El pasado sábado, 28 de enero de 2012, coincidiendo con la fecha de su publicación oficial, entró en vigor el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Algunos de los calificativos recogidos en los diarios del día de la publicación dan idea de lo que la nueva norma supone para el sector de las energías renovables: “jarro de agua fría”, “apagón de primas a las renovables”, “congelación de las primas”, “parón en las renovables”... incluso se habla de “error histórico que agravará el paro”. Frente a las lágrimas de buena parte del sector de las renovables y de las industrias asociadas a ellas, otra parte del sector, aquellos cuyos proyectos de instalaciones ya están inscritos en el registro de preasignación, contempla la norma con cierta satisfacción. El real decreto-ley suprime de forma temporal los incentivos económicos para las nuevas instalaciones. Aunque no lo dice expresamente, supone la derogación del artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico que reconoce a los productores de energía en régimen especial el derecho a “la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan”. El siguiente gráfico recoge las novedades más significativas de la norma, que a continuación se comentan⁶¹⁶”.

614 Cfr. MENDOZA LOSANA, Ana Isabel. , Ob, Cit.

615 *Ibíd.*

616 *Ibíd.* Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo SE HAN ACABADO LOS INCENTIVOS A LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA www.gomezacebo-pombo.com

7.7.4.1. ¿Cuáles fueron los incentivos económicos suprimidos?

“Se suprimen todos aquellos incentivos económicos que se han convertido en motor impulsor del crecimiento de las instalaciones de energías renovables y que, en parte, han provocado el incremento desmesurado del déficit tarifario del sistema eléctrico. A saber:

- Tarifas reguladas, primas y límites previstos en el RD 661/2007;
- El complemento por eficiencia (art. 28 RD 661/2007)
- El complemento por energía reactiva (art. 29 RD 661/2007) Correlativamente, quedan suspendidos los procedimientos de inscripción en el registro de preasignación de retribución de instalaciones de régimen especial y en el correspondiente registro para instalaciones fotovoltaicas, así como la celebración de las convocatorias de preasignación para el año 2012 y sucesivos⁶¹⁷”.

Lo que sí está muy claro es que el Gobierno prescindió de la consulta a las Comunidades Autónomas que sí exige el artículo 30.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (Publicada en el BOE n.º 285, de 28 de noviembre de 1997), que expresamente ordenó:

“El Gobierno, previa consulta con las Comunidades Autónomas, podrá determinar el derecho a la percepción de una prima que complemente el régimen retributivo de aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica de cogeneración o que utilicen como energía primaria, energías renovables no consumibles y no hidráulicas, biomasa, biocarburantes o residuos agrícolas, ganaderos o de servicios, aun cuando las instalaciones de producción de energía eléctrica tengan una potencia instalada superior a 50 mW. Asimismo, el Gobierno podrá determinar el derecho a la percepción de una prima que complemente el régimen retributivo de aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica de origen térmico del régimen ordinario cuando, además de utilizar el combustible para el que fueron autorizados, utilicen también biomasa como combustible secundario. Para ello, se tendrán en cuenta los consumos energéticos que se produzcan y los sobrecostes que dicha utilización produzca. El

617 Cfr. MENDOZA LOSANA, Ana Isabel. *Ob, Cit.*

acto resolutorio por el que se fije la cuantía de la prima contendrá también las condiciones de utilización de la biomasa”. (*Apartado 5 párrafo 1.º modificado por artículo único. 35 de Ley 17/2007, de 4 julio*).

7.8. La demanda contra el Gobierno español, por recortes a fotovoltaicas⁶¹⁸

Según el diario, catorce fondos de inversión del sector fotovoltaico han dado, por fin, un paso adelante y presentaron el 17 de noviembre de 2011 una demanda contra el Gobierno español, en Londres, como consecuencia de haberles recortado la retribución de sus instalaciones. Los inversores reclaman a través de un arbitraje internacional una cantidad cercana a los seiscientos millones de Euros. El Gobierno, ha intentado negociar una solución alternativa.

Se trata de varios inversionistas internacionales que invirtieron en España confiando en que obtendrían unos ingresos estables pero el Gobierno, a pesar de que existía una retribución regulada, se la jugó y aprobó un recorte retroactivo. De hecho, en diciembre de 2010, una vez que los demandantes habían invertido alrededor de dos mil millones de Euros para desarrollar plantas solares fotovoltaicas, España decidió que lo mejor era recortar drásticamente las tarifas que les habían prometido.

La situación ha llegado a este extremo después de que los inversores intentaron llegar a una solución amistosa en dos ocasiones.

La primera fue en marzo de 2011 cuando Allen & Overy remitió cuarenta y cinco cartas que representaban comunicaciones formales donde se explicaba al Gobierno la existencia de un perjuicio y la posibilidad de tomar acciones legales.

La segunda fue a través de una reunión celebrada en junio de 2011 de la que ninguna de las partes salió satisfecha.

⁶¹⁸ Cfr. *El Economista*.www.eleconomista.es. 18 de noviembre de 2011, pp. 18.

El grupo de inversores internacionales que están llevando a cabo la demanda son titulares de plantas solares fotovoltaicas que en conjunto suman un total de 270 megavatios de capacidad instalada. Entre otros aparecen, AES Solar, Ampere Equity Fund, HgCapital, Element Power, Impax Asset Management, KGAL GmbH & Co KG, NIBC European infrastructure Fund, Whiteowl Capital, Eoxis, MPC Capital, MEIF Luxembourg Renewables⁶¹⁹.

En consecuencia se vulneró el principio de Confianza Legítima con la expedición en España del Real Decreto-ley 1/2012, porque se ratifica la responsabilidad del Estado legislador derivada de “los problemas de la responsabilidad, que en España está conectada con la reducción del sistema de primas a la producción. El estado español se comprometió, en las normas que regulaban las energías alternativas, a abonar un precio superior al kw generado por estas energías que al generado por energías convencionales; lo cual ha supuesto un descalabro para las empresas instaladoras de los parques, cuyos planes de negocio se hicieron sobre la base del mantenimiento del importe del precio durante un período prolongado⁶²⁰”.

El Decreto dejaba muy claro que no se tomaría ninguna medida retroactiva, sin embargo en el instante en que se toque los megavatios que se están instalando, supondría quebrar la confianza legítima.

Siendo una realidad como es que la normativa que expidió el Estado español, ha causado daños, por su impacto económico y social, sobre todo en aquellos que han invertido su capital en estas tecnologías, son un indicativo que la actividad legislativa está más interesada en actuar precipitadamente antes que expedir una normativa que haga sostenible la inversión, con instrumentos de planificación.

La legislación reguladora expedida, lo único que logró fue una alteración de las condiciones existentes, causando daños que no logran el equilibrio y transformación de unas

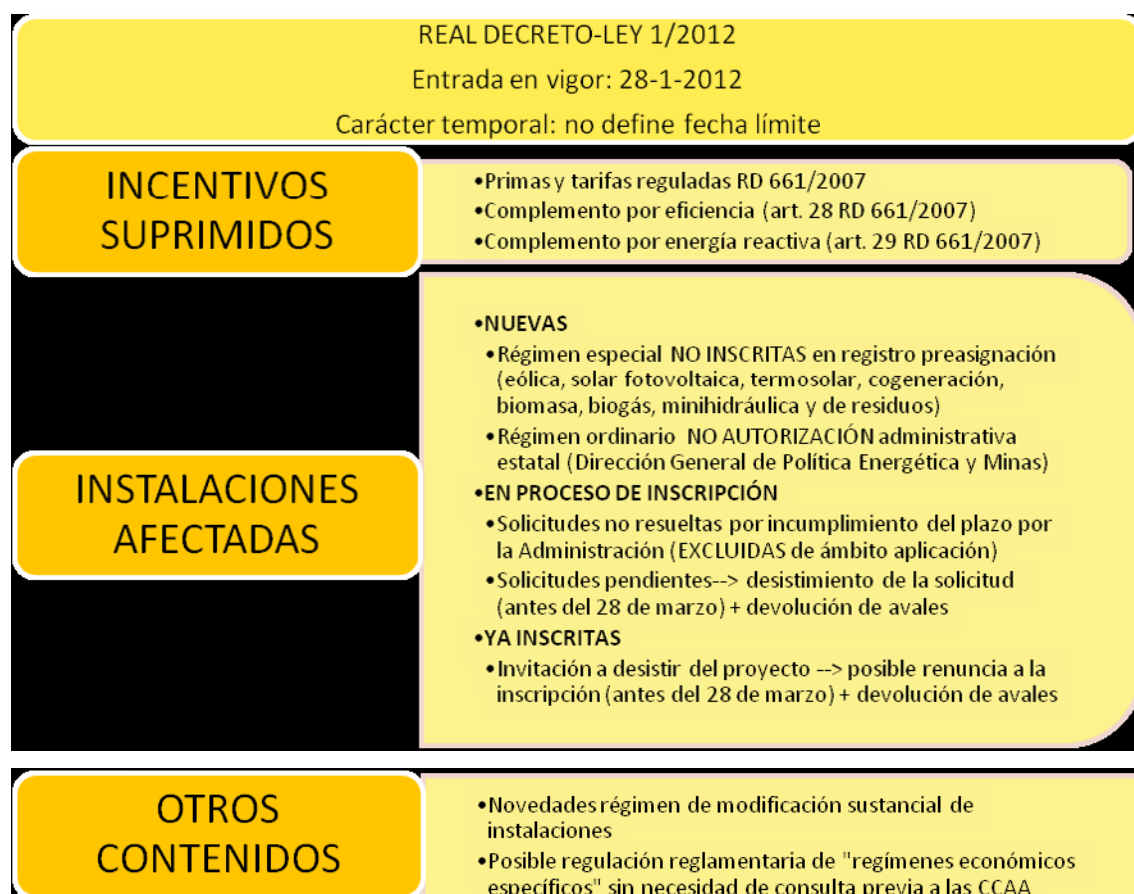
619 Cfr. *El Economista*, www.eleconomista.es. 18 de noviembre de 2011, pp, 18.

620 Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Comentarios sobre la reducción de primas a las energías alternativas en España*.

expectativas; por tanto, están muy lejos de resultar un modelo normativo a seguir de especial importancia especialmente en tiempos de desequilibrio en las finanzas públicas.

Mendoza Lozana⁶²¹, identificó el estado actual de las renovables, según el Real Decreto-Ley 1/2012, cuya entrada en vigor se produjo el 28 de enero de 2012, en la siguiente forma:

Gráfico 5. Marco Legal (Real Decreto Ley 1 / 2012



No queda duda, que del marco legal actual se deriva un daño y sus dimensiones en cuanto a compensaciones se refiere sólo las conoceremos cuando empiecen a tomarse las decisiones por parte de los jueces y sólo allí sabremos los impactos económicos de tales medidas.

621 Cfr. MENDOZA LOSANA, Ob, Cit. www.gomezacebo-pombo.com

Sí que es posible, no obstante, a partir de las Sentencias, demostrarle al Legislador que los procesos de elaboración normativa deberán contener una verdadera adaptación de todos los elementos existentes, con planificación previa para que la Ley no cause daños.

7.9. Reflexiones al presente capítulo

Desde antes de la expedición del Real Decreto-Ley 1/2012, cuya entrada en vigor se produjo el 28 de enero de 2012, se había controvertido desde las propias asociaciones del sector y agentes sociales, la entrada en vigor de la norma, como se puede observar en las posiciones y declaraciones públicas conocidas.

En todo caso, queda claro que existen asuntos de política legislativa que parecieran tener inmunidad o ser de difícil control. Sin embargo, en España sí existe un control judicial efectivo, que en definitiva identificará con claridad los supuestos concretos en los que el Estado legislador responderá si los demandantes acreditan explícitamente la existencia de un daño.

De modo que, las razones expuestas conducen inexorablemente a la necesidad de que en la discusión y aprobación de las Leyes, se tengan en cuenta las razones culturales, sociales, económicas, históricas y medioambientales, es decir que las Leyes en todos los casos consulten la técnica legislativa, asunto que resulta de vital importancia, para que se evite la afectación de intereses particulares con su puesta en vigor.

Sí se pueden identificar entonces, las razones que dan origen a los daños derivados de la actividad legislativa, sin perjuicio de que por errores estrictamente humanos se aprueben Leyes que luego causen daños.

Para la comprensión de este tema, es preciso partir de las decisiones que hasta la fecha ha tomado el Tribunal Supremo español, en las que se ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por aplicación del principio de confianza legítima, lo que ya forma parte de la historia jurisprudencial española.

En Colombia, realmente las decisiones judiciales son tardías, lo que imposibilita conocer cuál sería el pronunciamiento del juez en la decisión de un caso actual; como consecuencia de la congestión judicial que existe en la Sección Tercera del Consejo de Estado, autoridad que emite los pronunciamientos en última instancia sobre estos asuntos.

A diferencia de España, en Colombia en el tema de energías renovables no se le podría enjuiciar por acción, sino por omisión, ya que es preciso considerar que las energías limpias parecen ser poco atractivas, al tenor del direccionamiento legislativo que hasta el momento se ha dado al tema.

Consideramos conveniente que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, Colombia estuviese a la vanguardia, sin embargo, estaremos atentos que los aspectos de política energética observen más las energías renovables y vayamos dejando paulatinamente la dependencia de los combustibles fósiles, por las consecuencias negativas para la población, sobre todo en los centros urbanos.

Desde esta perspectiva, consideramos que lo más beneficioso para reducir la contaminación en nuestras ciudades, sería la promoción de un coche eléctrico puro, es decir 100% eléctrico, en servicio público y particular y de esa forma suprimir las emisiones, lo cual traería grandes bondades para el medio ambiente y hacia allí debiera dirigirse el Legislador, en la promoción de importación sin aranceles de estos coches, así como la implementación de beneficios tributarios con exoneración de impuestos a los fabricantes de estos vehículos que instalen sus industrias en nuestros países, así como a quienes adquieran este tipo de coches. Esto sí sería un buen ejemplo para el mundo.

En nuestro Ordeamiento no ha existido reflexión sobre este tema con la trascendencia que merece. De manera que no existe una política legislativa que incentive realmente las energías renovables. Pensemos sobre todo en relación con los niños, cuyos derechos prevalecen sobre los demás, según lo ordenado en la Constitución; lo cual puede suponer un cambio en la percepción que el Legislador colombiano tenga sobre la importancia de las energías renovables.

Capítulo VIII

8. ¿Puede la Corte Constitucional en Colombia legislar o exhortar al Congreso para que legisle?

Al hilo del tema que nos hemos propuesto analizar, conviene advertir el peligro de mezclar las funciones del Legislador, como único arquitecto de la Ley en un Estado de Derecho, con las atribuciones de los jueces, quienes en sus providencias en Colombia están sometidos al imperio de la Ley⁶²².

Al corriente de la normativa y tomando como presupuesto las actuales tendencias de la Corte Constitucional colombiana, conscientes de que se trata de un fenómeno infinitamente complejo, consideramos que es al Congreso a quien le está otorgada la facultad de hacer las Leyes⁶²³, en consecuencia las atribuciones dadas a la Corte Constitucional no pueden ir más allá de ser guardián de la Constitución⁶²⁴, atribución que no contempla la posibilidad de ser

⁶²² Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

⁶²³ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes...”.

⁶²⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

creadora de normas de derecho que sean de obligatorio cumplimiento.

Si bien el Congreso incurre en fallas gravísimas en la elaboración de la Ley, en unos casos, y, en otros se abstiene de legislar; esta realidad, no supone que la Corte Constitucional suplante al Congreso, porque ello para nada contribuye a la colaboración armónica que debe existir entre las tres Ramas del Poder, Ejecutiva, Legislativa y Judicial⁶²⁵.

Todo ello constituye el fundamento para comprender el actual problema, que apunta a la responsabilidad del Estado legislador, porque con demasiada frecuencia la Corte Constitucional colombiana legisla o exhorta al Congreso que lo haga y lo más grave, le indica el sentido en que debe legislar. Es decir la Corte es poco respetuosa con la Rama legislativa.

Aquí, pues, se entraría de lleno a sustentar las razones de pertinencia y permanencia de este tema en el presente trabajo. La oportunidad para que la Corte ejerza su función está en el control de constitucionalidad que debe ejercer a las Leyes, pero no puede ir más allá, sencillamente porque la Constitución colombiana no lo permite. Por ello, es preciso que las

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsana el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

⁶²⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

tres Ramas del Poder colaboren armónicamente, que es justamente todo lo contrario de lo que está sucediendo.

Todo ello constituye el sustrato para comprender el actual problema del Estado legislador en Colombia, asunto que es muy importante manejar y que debe ser estudiado al interior del mismo Congreso de la República, porque los supuestos para que la Corte Constitucional cree normas de derecho y reforme el Ordenamiento jurídico, no están contemplados en la Constitución.

De modo que al Legislador, le corresponde por ser el órgano competente, estudiar bajo los precisos términos que la Constitución establece la redacción, discusión y aprobación de un proyecto de Ley mediante el cual se fijen los parámetros y límites en busca de la armonía con las demás Ramas del Poder.

Lo anterior se requiere para que se produzca el efecto querido para un Estado de Derecho, cuyo primer supuesto consiste en que todas las autoridades están sometidas al Derecho, con total independencia, de modo que la configuración que cada Rama dependerá de la verdadera autonomía que cada una de ellas tenga prevista en el sistema normativo.

Las responsabilidades de los miembros del Congreso al elaborar la Ley, no pueden ser delegadas, ni expresa, ni tácitamente a la Corte Constitucional, porque si bien es cierto que como toda obra humana, independiente de quien la ejecute es susceptible de incurrir en errores, no constituye el supuesto que habilite a ese alto tribunal para que asuma su tarea.

El Estado legislador debe procurar, que el efecto buscado previamente en la discusión y aprobación de la Ley, se materialice evitando la declaratoria posterior de inconstitucionalidad por vicios en su trámite de una parte, y de otra, que esa Ley aún siendo ajustada a la Constitución no cause daños. Ese equilibrio definitivamente se logra mediante el concurso decidido de todos los integrantes del Congreso.

De otro lado, del profesionalismo de cada uno de los congresistas dependerá también la defensa de la autonomía del Legislador compuesto de personas naturales independientes cada una, pero que deben actuar en concurso para lograr superar el eslabón de la discusión de la Ley. Sin embargo en Colombia, ocurre todo lo contrario y como ejemplo de esta realidad está el archivado acto legislativo mediante el cual se aprobó la “reforma a la justicia”, el cual le daba beneficios a todos.

A modo de ejemplo, a los congresistas se les disminuía su control, no sería posible la iniciación de procesos por la supuesta comisión de un delito, sin el dictamen de una comisión de aforados que designaría el mismo Congreso, además los congresistas no podían ser privados de la libertad, sino en avanzadas etapas del proceso y además se les reducían las causales de pérdida de investidura es decir se utilizó la reforma como un mecanismo de defensa y poder blindarse ante la posibilidad de ser investigados o de perder su investidura⁶²⁶, todo porque durante los últimos años se ha incrementado el número de congresistas que ha terminado en la cárcel por vínculos con grupos ilegales y corrupción; por tanto, la reforma contenía medidas de protección para ellos.

Para los magistrados de las altas cortes, la reforma les extendía el periodo a doce años y se les incrementaba la edad de retiro forzoso de 65 a 70 años, ambos beneficios se aplicaban a quienes hoy se encuentran ejerciendo esos cargos y para completar el catálogo de beneficios la reforma contemplaba un antejuicio político como requisito previo para iniciar procesos contra magistrados de las altas cortes por la comisión de ciertos delitos.

⁶²⁶ Cfr. *Constitución Política de Colombia. Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:*

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

PARÁGRAFO. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

Inciso Adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2011

Constitución Política de Colombia. Artículo 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

Los beneficios también cobijaron a integrantes del Ejecutivo, como el antejuicio político y los beneficios para los aforados dentro de quienes están el Presidente de la República, sus ministros, el Contralor, el Procurador y el Fiscal que contemplaba la reforma. Sin embargo, el Gobierno perdía más porque los puntos principales que había sometido a consideración del Congreso con el proyecto de acto legislativo no se los aprobaron; entre los que se contaba la reglamentación de la acción de tutela, el precedente judicial, el control previo (Leyes que regularan aspectos penales, económicos o fiscales, tuviesen un control previo de constitucionalidad antes de entrar en vigencia); estos asuntos que inicialmente el Gobierno los había presentado, no fueron aprobados.

No obstante el mayor yerro del Gobierno fue la manifestación hecha por el ministro de justicia en la plenaria de la Cámara de Representantes, una vez aprobado el texto de la reforma a la justicia, que luego del rechazo nacional el mismo Congreso se vio obligado a archivar. Dijo entonces el Gobierno a través del titular de la justicia:

“Desde el fondo de mi corazón, en mi nombre y en el del Gobierno, a todos ustedes, muchas gracias. Les han demostrado a la República y a los escépticos que está bien que el titular principal de la función de reformar la Constitución sea el Congreso, y que las grandes reformas sí pueden hacerse en sede natural de la democracia⁶²⁷”.

Luego de que en el Congreso, con el aval del Gobierno, se presentara el hecho más grave de responsabilidad del Legislador en toda la historia de Colombia, el ministro renunció y la reforma archivada, después de dos años de deliberaciones, en las que como se dijo participaron todas las Ramas del Poder.

“Como se recuerda y sin que el país se haya dado cuenta, desde enero de 2012 los congresistas gozan de un Código Penal distinto al de todos los colombianos por cuenta de un sorpresivo giro que dio la Corte Suprema cuando se discutía la reforma a la justicia⁶²⁸”.

En un fallo del 18 de enero de 2012, la Corte Suprema a través de una nueva jurisprudencia otorgó a los congresistas un trato preferente al tasar las penas de sus delitos.

⁶²⁷ Cfr. *EL TIEMPO*. www.eltiempo.com.co, 17 de junio de 2012, pp. 10..

⁶²⁸ Cfr. www.semana.com.co/agosto6de2012, pp. 46-48.

Este privilegio se impuso en el fallo en el cual la sala penal condenó a dos excongresistas a siete años y medio de cárcel por concierto para delinquir agravado en el caso de la parapolítica. En este fallo la Corte cambió los parámetros que venía aplicando y concluyó que a partir de ese momento la Ley 890 de 2004 (que incrementó las penas para todos los delitos) no opera para los integrantes del Congreso. “El Incremento del quantum punitivo previsto en la Ley 890 de 2004 no se aplica al trámite especial para aforados (congresistas)”, dice la Sentencia⁶²⁹.

Lo curioso es que tratándose de un cambio de jurisprudencia ninguno de los magistrados pareció advertirlo en ese momento. Unos días antes de decidir, el magistrado ponente Fernando Castro repartió el proyecto de fallo, como es costumbre para que sus colegas lo analizaran antes de votar. Sin embargo, en el documento, de 122 páginas, no estaba la señal resaltada que suelen ponerle al proyecto que contiene alguna propuesta de modificación de jurisprudencia para que el punto fuera analizado con especial detenimiento. Sin mayor discusión fue aprobado y nadie hizo observaciones de fondo y los dos congresistas fueron sentenciados⁶³⁰.

Con la nueva jurisprudencia, mientras que un ciudadano del común a quien se le condena por un delito de lavado de activos o de peculado por apropiación, está sometido a una pena de prisión entre 8 y 22 años, un congresista, por esa sola calidad, tendría una pena de 6 a 15 años. O si enfrentase un cargo de concierto para delinquir agravado, como sucede con los miembros del Congreso investigados por parapolítica, la pena sería de 6 a 12 años, mientras que un particular tendría pena de 8 a 18 años⁶³¹.

Desde el giro jurisprudencial una docena más de congresistas han sido condenados con este trato preferencial, que va en contravía del artículo 13 de la Constitución Política, el cual señala que todas las personas son iguales ante la Ley.

⁶²⁹ *Ibíd.*

⁶³⁰ *Ibíd.*

⁶³¹ *Ibíd.*

El inequitativo trato, hecho jurisprudencia, produjo gran inconformidad en un sector de la Corte que aunque tarde, advirtió el sorpresivo giro. A través de un salvamento de voto, que fue sumado posteriormente a la Sentencia, los magistrados María del Rosario González y Sigifredo Espinosa (ya retirado) expresaron su desacuerdo admitiendo, al mejor estilo del Congreso, que no habían leído con atención el texto: "Si bien, el proyecto aprobado el 18 de enero de 2012 contó con nuestras firmas, sin salvedades, ello obedeció a un error involuntario producto de desconocer, en la totalidad la providencia (...) Ahora, cuando nos hemos percatado de lo ocurrido, no podemos menos que advertir plena inconformidad con la variación⁶³²".

Esta actuación de la Corte Suprema, ha sido denominada: "La injusticia de la justicia"⁶³³. Para mejor comprensión, citamos algunos ejemplos de los años de cárcel que se deben pagar en Colombia, dependiendo de quién ha cometido el delito:

Delito	Ciudadano	Congresista
Homicidio	De 17 a 37 años	De 13 a 25 años
Concierto para delinquir	De 8 a 18 años	De 6 a 12 años
Lavado de activos	De 8 a 22 años	De 6 a 15 años

Y es que estos sistemas de desigualdad normativa, puestos en práctica a través de la jurisprudencia, se implantaron por la Corte Suprema en instantes en que se discutía la malograda reforma a la justicia y se hablaba de componendas entre Cortes y Congreso para sacar adelante el proyecto de Ley que debió ser archivado.

8.1 ¿Existe acaso un poder superconstitucional o invisible que no conozcamos?

Al responder este interrogante, sea lo primero indicar que para garantizar los derechos fundamentales de las personas, existe la separación de poderes, que debe ser una de las características de toda democracia.

⁶³² *Ibíd.*

⁶³³ *Ibíd.*

Según la Constitución de Colombia⁶³⁴, los magistrados de la Corte Constitucional no son superjueces, lo cual en Colombia se ha convertido en una tendencia que las restantes Ramas del Poder han venido aceptando. Consideramos que el Congreso es el llamado a recuperar su condición de Legislador, que se ha abrogado la Corte en distintos asuntos, todo originado en una omisión legislativa, por no hacer todo lo que en Derecho le corresponde.

No obstante lo anterior, el gran problema es que no surge en el Derecho colombiano la idea de controlar el desbordamiento de poderes por parte de los Magistrados de la Corte Constitucional y nos encontramos sirviendo únicamente de espectadores frente al ejercicio que hemos llamado en forma genérica, el juez legislador, cuya consecuencia es una: tenemos un nuevo Legislador en Colombia, este es la Corte Constitucional.

⁶³⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia, Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11. Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

Partiendo de este marco conceptual y profundamente preocupados por algunas decisiones de la Corte Constitucional en materia legislativa, vamos a estudiar este asunto bajo cuatro formas de legislar que ha adoptado la Corte Constitucional colombiana que son: el Juez legislador, el juez constitucional, la justicia constitucional y la sustitución constitucional.

8.2. El juez legislador

En demasiadas ocasiones la doctrina se ha referido a esta característica, considerada como un ejemplo de distancia entre el Ordenamiento jurídico y el operador judicial o ineficaz aplicación de la Constitución en un Estado de Derecho.

El Congreso de Colombia, con fundamento en la Constitución⁶³⁵, procedió a la expedición del Código Penal, Ley 599 de 2000 (Julio 24)⁶³⁶, que en su artículo 122, dispuso:

“CAPITULO CUARTO. Del aborto. Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

Como podemos observar, la norma prohibitiva es clara y concordante con el derecho a la vida⁶³⁷; hasta ahí, el Congreso cumplió con su obligación constitucional, pero la Corte

⁶³⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia, “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.

2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...”

⁶³⁶ Cfr. Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-355 de 2006, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

⁶³⁷ Cfr. Constitución Política de Colombia, “De los derechos fundamentales. Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.

Constitucional⁶³⁸, utilizando el poder de superjuez, que ninguna norma le ha otorgado y abrogándose la condición de juez legislador que no tiene, dijo:

“Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

Y agregó en sus consideraciones finales,

“Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.

Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...”

⁶³⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-355-06.

Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por estos protegidos, no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.

Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

...Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto...”

Una decisión judicial debe contener, tres fases: juicio fáctico, juicio normativo y decisión⁶³⁹.

El primero es la fijación de los hechos, operan en ellos un tipo de razonamiento predominantemente deductivo. El resultado de esta actividad da lugar a los hechos probados, que luego serán fijados por el juez a través de un relato que debe poseer coherencia narrativa⁶⁴⁰.

El segundo, parte de los hechos fijados a través de un material normativo, relacionado con ellos. Por tanto, lo que hace el juzgador es crear un enunciado normativo en el que subsume los hechos a través de una argumentación sobre las normas; todo el juicio normativo se hace teniendo en cuenta los hechos fijados. La justificación de ese enunciado creado se debe hacer desde la interpretación coherente de normas, principios, definiciones, etc., a través de técnicas deductivas y analógicas; ciertamente esta operación no lleva a modificar los hechos fijados⁶⁴¹.

El tercero, no es otra cosa que la aplicación de la técnica de subsunción. Lo que se hace es subsumir los hechos fijados en el supuesto de hecho de la norma creada y aplicar su consecuencia jurídica, el significado de la garantía y el respaldo, la importancia de la interpretación de normas⁶⁴².

La sentencia de constitucionalidad cuyo análisis ahora nos ocupa carece de una técnica de subsunción. En ese proceso de decisión se echa de menos una argumentación deductiva, porque la elección del material normativo que tuvo la Corte, para la resolución del caso sometido a su decisión, no fue afortunado, porque estuvo acompañado de valoraciones subjetivas, aparentando una inteligencia superior.

El concebido no nacido, no puede ser la víctima de un sistema jurisprudencial atado a la muerte, sin que en el seno de la Corte se hayan levantado voces que defendieran a ese ser

⁶³⁹ Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Edit, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid 1995, p. 215.

⁶⁴⁰ *Ibíd.*

⁶⁴¹ Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. *Ob. cit.*, pp. 217.

⁶⁴² *Ibíd.*

humano indefenso. Sólo se preocupó la Corte por crear una norma sin justificación constitucional, ni ética, para complacer concepciones apartadas del temor de Dios, sin darse cuenta que lo que estaba haciendo el alto tribunal era ni más ni menos que la sustracción del derecho más importante, garantizado constitucionalmente, el derecho a la vida, y por oposición a él, utilizó unos enunciados para respaldar su teoría de respaldo a la muerte de millones de seres indefensos, sin que el Legislador poseedor de la competencia de creación normativa, haya expresado su descontento; por tanto, en este tipo de decisiones, sólo podremos hablar de creaciones normativas judiciales, abiertamente inconstitucionales, donde imperó más la inconformidad de unos pocos, contra los derechos que garantizan el bien común y la protección del interés general.

Tenemos que subrayar que el establecimiento de este modelo de decisiones judiciales causan un grave daño al Ordenamiento jurídico colombiano, por dejar al margen los valores esenciales del ser humano, para darle validez a una conducta abiertamente dañina, ya que la Corte realizó una labor de señalización del significado del artículo 122 del Código Penal Colombiano que ningún estamento estaba solicitando, dejando de lado la preexistencia del respeto a la vida, porque la vida es sagrada y desde el punto de vista normativo la Corte se inmiscuyó en una labor específica del Congreso, cual es la de hacer las leyes⁶⁴³.

La labor de señalización que hizo la Corte Constitucional del artículo 122 del Código Penal, denota un problema grave de interpretación normativa, que desde el punto de vista de los hechos puestos a consideración del alto tribunal, que tenían como finalidad el enjuiciamiento de la constitucionalidad del mencionado artículo, según las evidencias jurídicas no tenía como consecuencia una creación normativa, como en efecto sucedió, de las cuales sólo se derivan dos calidades que según la Corte no posee y que podríamos denominar que se autoproclama, superjuez y superlegislador.

La decisión argumentativa por la que la Corte Constitucional colombiana estableció el marco general a seguir en lo que al aborto se refiere, es un absurdo deductivo. Esta impronta

⁶⁴³ Cfr. Constitución Política de Colombia. DE LAS LEYES. Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...”

puede resumirse en la ausencia de presencia de factores, culturales, ideológicos y psicosociales, que son dañinos a quien voluntariamente práctica un aborto. Estos factores, desde la visión jurídica del juez constitucional, emplaza a todas las mujeres que se encuentren en estado de embarazo a abortar, en cualquiera de las circunstancias descritas por la Corte, cuando tal vez sería necesario en primer lugar añadir a la decisión la reflexión al esquema de la decisión y es allí donde vuelve a ser importante la distinción entre la elaboración de la decisión de abortar y su justificación.

A partir de aquí tendrían lugar distintas fases en un nuevo proceso de embarazo, que tendrían que ser aclaradas.

En primer lugar, supongamos que la pareja que decide abortar porque el concebido no nacido posee una malformación y ocurre que esa pareja no tiene hijos, entonces luego del aborto voluntario al que se sometieron ellos solicitan que se practique un examen postmortem al cadáver de su hijo y los médicos forenses encuentran que el tamaño y forma del nascituro eran normales. ¿Cuál sería entonces la reacción de esa pareja, frente a sus propias conciencias y frente a Dios, así como frente al cirujano que lo practicó?

En segundo lugar, ¿qué ocurriría si como consecuencia de la práctica del aborto muere la madre?, ya que ningún cirujano puede realizar un tratamiento quirúrgico garantizando un resultado exitoso; ¿puede ser responsable el Estado legislador por un daño antijurídico?; ¿sería responsable la Rama Judicial?; ¿acaso el Estado colombiano no es un Estado social⁶⁴⁴, que está obligado a proteger la vida, honra y bienes a todos sus habitantes⁶⁴⁵?

⁶⁴⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 1. *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

⁶⁴⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Aquí se tipifica la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por haber omitido conscientemente en la tramitación de la Ley, la prohibición a la Corte de legislar, por tener una relación directa con el interés general y en consecuencia debe fijar unas condiciones y limitaciones a los fallos que resultan de sumo interés, que en la actualidad quedarían por fuera de la protección que ofrece la Ley.

Según las normas descritas, que son de obligatorio cumplimiento, no se estaría protegiendo los derechos de las personas; por el contrario, la autorización judicial de la práctica del aborto, mediante el cual una decisión proferida por una autoridad constitucional, sin facultades constitucionales para creaciones normativas, da vía libre a una muerte prematura, la consideramos como una decisión que vulnera los derechos constitucionales de la mayoría de la población colombiana que rechazamos esas prácticas; protegiendo, privilegiando y prefiriendo los intereses particulares de las personas, en contra del mandato constitucional que establece que el derecho a la vida es inviolable, de modo que a ese eje de muerte se supedita el derecho constitucional a la vida.

Debemos precisar dos aspectos muy diferentes. El primero, ocurre cuando la norma es de origen legislativo, esto es cuando el Legislador investido de su atribución constitucional hace una Ley y el segundo, se presenta cuando el creador de esa norma, como en efecto sucede en este caso, no es el Legislador, sino el juez constitucional. Todo análisis debe ir precedido de este juicio. Vuelve a ser importante aquí la distinción entre elaboración de la decisión y su justificación.

En el caso que nos ocupa, nada justificaba a la Corte para legalizar el aborto por vía de una Sentencia de constitucionalidad.

Cuando a un juez se le plantea una acción de inconstitucionalidad, lo que hace es, en un primer momento y de forma instintiva, darle curso y comparar si la norma demandada es contraria a la Constitución, cuyo sentido no puede ser la presencia de valoraciones en la decisión que se adopte y su justificación o fundamentación.

En el asunto bajo examen, la Corte Constitucional colombiana, limitó un derecho fundamental y promovió la inmoralidad pública, en este caso la Corte se abrogó la facultad de legislar sobre moralidad pública sin tener las facultades para ello y esta se constituye en una decisión en la que hay claramente la presencia de valoraciones y con una fuerza tan relevante que limitó los derechos fundamentales a la vida⁶⁴⁶, a la igualdad⁶⁴⁷, a la libertad de conciencia⁶⁴⁸, a la libertad de enseñanza⁶⁴⁹, y el debido proceso⁶⁵⁰.

La actividad judicial, no es una actividad de creación normativa, un asunto es analizar si una Ley se ajusta o no a la Constitución y otro aspecto muy distinto consiste en que el juez constitucional desborde esa facultad que la Constitución le concede para dedicarse a legislar y crear normas de carácter general, lo cual indica que esa área del Poder judicial no está sujeta al derecho y esa no sujeción, deja a la Corte ciertos márgenes de discrecionalidad para la creación de normas generales por vía judicial, sin que dicha actuación pueda ser justificada con argumentos constitucionalmente válidos, por tratarse de una extralimitación de funciones,

⁶⁴⁶ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

⁶⁴⁷ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Ver la Ley 581 de 2000)

⁶⁴⁸ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

⁶⁴⁹ Cfr. Constitución Política de Colombia. . Artículo 27. El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

⁶⁵⁰ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

que se profundizará aún más, porque se trata de prevenir un daño, que podría dar origen a una responsabilidad del Estado legislador, por omisión en sus funciones.

Lo que realmente está sucediendo con la Corte Constitucional colombiana, es que por omisión del Poder legislativo colombiano, ha tomado por costumbre crear normas de Derecho, con el agravante que decisiones como la comentada, la ponen en igualdad que los órganos legislativos, porque las normas creadas son de aplicación general. Por tanto; supone la creación de normas generales, con tal despropósito que la norma creada, -la legalización del aborto en Colombia-, no guarda ninguna relación con la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal colombiano.

La Corte Constitucional colombiana en este caso, creó una norma cuyos resultados derivados de esa decisión, son notoriamente perjudiciales, además sin relación lógica con la norma examinada que no tuvo vicios de constitucionalidad. El juez constitucional en Colombia, no está facultado para crear normas generales, su obligación es dictar Sentencias.

La construcción normativa que llevó a cabo la Corte Constitucional, en el caso materia de análisis, no es más que un desbordamiento de la actividad judicial y estamos en contra de que los jueces constitucionales creen normas, por cuanto la fuerza vinculante de tales decisiones tienen como finalidad la generalidad de normas creadas por el juzgador constitucional, todo lo cual parece fundamentarse en los criterios expuestos por Robert Alexy, promotor de un absolutismo jurídico que va en contravía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución colombiana como lo hemos expuesto.

Alexy, de paso reciente por Colombia, fue entrevistado por el diario colombiano El Tiempo⁶⁵¹; expresó:

El Tiempo: “¿Qué opinión tiene de temas como el aborto?”

⁶⁵¹ Cfr. *El Tiempo*, Miércoles 26 de octubre de 2011, p. 23. www.eltiempo.com. “En el aborto y las bodas gay priman los derechos, Robert Alexi”

Robert Alexi: “Pueden existir razones religiosas que prohíban el aborto, pero en un Estado secular no pueden incluirse en el derecho, o si se hace, debe ser de una manera muy reducida. La cuestión es que debe haber una ponderación en la cual solo puedan jugar un papel fundamental los principios de los derechos humanos”.

El Tiempo: “¿Las legislaciones pueden prohibir el aborto?”

Roberto Alexi: “Hay situaciones en que el aborto debe permitirse por violaciones severas de los derechos fundamentales de las mujeres. En todo caso, la mujer puede rechazar esa opción por razones religiosas. La razón en este caso, implica separar lo jurídico de lo religioso. Pero no puede haber una libertad absoluta para abortar”.

Al respecto Osorio⁶⁵², al comienzo del siglo pasado sostuvo:

“El hombre, cualquiera que sea su oficio, debe fiar principalmente en sí. La Fuerza que en sí mismo no halle no la encontrará en parte alguna. Mi afirmación no ha de tomarse en acepción herética como negatoria del poder de Dios. Muy al contrario, al ponderar la confianza en la energía propia, establezco la fe exclusiva en el poder divino, porque los hombres no llevamos más fuerza que la que Dios nos da”.

Por su parte Kelsen⁶⁵³, señaló:

“Para concebir a la naturaleza como fuente de las normas es necesario dar por sentado que a la naturaleza le es inmanente una voluntad dirigida a un determinado comportamiento de las cosas y, en especial, de los seres vivos. Puesto que las normas del derecho natural establecen como debido un determinado comportamiento humano, debe tratarse de una voluntad dirigida al comportamiento humano. Pero ya que la naturaleza no es un ser dotado de voluntad, solo puede tratarse de la voluntad de Dios en la naturaleza por él creada...”.

⁶⁵² Cfr. OSORIO, Ángel. *El Alma de la Toga. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1989, p13.*

⁶⁵³ Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría general de las normas. Editorial trillas, México 2003, p, 23.*

Estamos abiertamente en contra de que el Poder Judicial, se constituya en un centro de creación y producción de normas jurídicas de carácter general, ya que como lo hemos reiterado a través del presente escrito, en Colombia, sólo el Congreso tiene esa competencia, atribuida de manera expresa por la Constitución.

8.3. Sustitución constitucional

La segunda forma de legislar que ha encontrado el Tribunal Constitucional colombiano, es la figura conocida como la sustitución constitucional. Nos encontraremos aquí con decisiones polémicas, mediante las cuales, con la característica de generalidad de las Sentencias de constitucionalidad, se buscan razones justificativas para ser emitido un fallo, sin premisas fácticas y normativas que sirvan de fundamento a su argumentación.

Debemos advertir, que no se trata de la creación de normas transitorias; realmente es problemático admitir que la Corte Constitucional, no sólo se ha abrogado competencias de Legislador, sino que ahora como lo veremos se atribuye facultades que competen al constituyente primario, esto es al pueblo.

Son entonces decisiones constitucionales que tienen efectos generales, propios y privativos del constituyente, además porque a la Corte le está prohibido juzgar asuntos de fondo Constitucional, sólo está facultada para pronunciarse sobre vicios de procedimiento en la formación⁶⁵⁴. Entonces, el problema está en que si el control de constitucionalidad, está siendo tomado por la Corte para suplantar al pueblo o al Congreso, lo que se ha denominado por la doctrina como producción normativa general de carácter negativo o imperativo negativo⁶⁵⁵; se está constituyendo en una extralimitación de funciones.

⁶⁵⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización..."

⁶⁵⁵ Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. Jueces y normas, la decisión judicial desde el ordenamiento. Ob, cit, p, 236.

La Corte Constitucional⁶⁵⁶, definió la sustitución constitucional, así: “Se presenta un vicio de exlimitación en la competencia del poder de reforma constitucional por sustitución de la Constitución, cuando mediante el procedimiento especialmente dificultado de reforma se reemplaza totalmente un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente”.

Recientemente, la Corte mediante sentencia C-588 de 2009, dijo:

“...se trata de un fenómeno distinto del de reforma, pero que tampoco encaja dentro del concepto de sustitución acuñado por nuestra jurisprudencia, por la sencilla razón de que la destrucción de la Carta implica también la del poder constituyente que le dio origen, mientras que la sustitución se refiere, fundamentalmente, a un cambio constitucional de gran magnitud, pero realizado por el Constituyente derivado y que no necesariamente desconoce el origen de la Carta sustituida emanada del Constituyente originario que la estableció, aún cuando lo usurpa”⁶⁵⁷.

Luego, la Corte Constitucional citó los criterios que tendría en cuenta en la sustitución de la Constitución:

“El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.

En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.

Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.

⁶⁵⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-971 de 7 de octubre de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁶⁵⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.

El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.

Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución⁶⁵⁸.

Un aspecto problemático en la actividad de la Corte Constitucional colombiana, es la incoherencia en sus razonamientos: si la Constitución Política de 1991, redactada por una Asamblea Nacional Constituyente, prohibió la reelección presidencial y luego la Corte aprueba esa figura, según dijo por una sola vez, como lo dijo en la sentencia C-1040 de 2005, en la cual textualmente se consignó que:

"[p]ara la Corte permitir la reelección presidencial -por una sola vez y acompañada de una ley estatutaria para garantizar los derechos de la oposición y la equidad en la campaña presidencial- es una reforma que no sustituye la Constitución de 1991 por una opuesta o integralmente diferente."⁶⁵⁹ Argumentan, a contrario sensu, que la permisión de la reelección presidencial en una segunda ocasión, y sin que se haya previsto una Ley estatutaria que garantice los derechos de la oposición y la equidad de la campaña presidencial, sí configura una sustitución de la Constitución de 1991⁶⁶⁰.

Mediante Sentencia C-1040 de 2005, la Corte examinó la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 2 de 2004, tanto en lo referente a los vicios de forma, como en lo relativo a la posible sustitución de la Constitución de 1991 y, en relación con este último aspecto la Corte concluyó:

“que la posibilidad de la reelección inmediata del Presidente en ejercicio no sustituía la Constitución, dejó en claro que el análisis se fundamentaba en que la reelección se admitía por

⁶⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M. P. Humberto Sierra Porto.

⁶⁵⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda.

⁶⁶⁰ *Ibíd.*, Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M. P. Humberto Sierra Porto.

una sola vez, esto es, para un solo período adicional, de modo que un Presidente no podría ejercer la primera magistratura de la Nación por un lapso superior a los ocho (8) años, que equivalen a dos períodos presidenciales⁶⁶¹”.

En cualquier caso, parece que en relación con el fallo que autoriza la reelección por una sola vez y la prohibición para un tercer periodo, existe un yerro grave por parte de la Corte y se está imponiendo una sustitución a la voluntad del constituyente primario, configuración jurídica equívoca por parte del operador jurídico constitucional, con efectos generales directos; por tanto, la actividad de la Corte Constitucional supone coherencia en las interpretaciones, ya que las mismas tienen un carácter exclusivo y vinculante en la totalidad del Ordenamiento jurídico colombiano; por tanto, la justicia constitucional, no puede ser fluctuante, como lo estamos demostrando, en la Sentencia objeto del presente análisis.

Sigue diciendo la Corte:

“En aquella ocasión la Corte señaló que no se configuraba una sustitución de la Constitución “por cambio en la forma de Estado, la forma de gobierno o el régimen o sistema político”, porque, siendo la posibilidad de reelección del Presidente “uno de los rasgos variables del sistema presidencial de gobierno”, y sin desconocer que “el período del mandato presidencial juega un papel importante”, es factible considerar “opciones distintas como puede ser, por ejemplo la adoptada en el acto legislativo acusado, de incorporar la posibilidad de reelección inmediata, limitada, en todo caso a un período, para establecer un límite máximo de duración al mandato de cada Presidente”.

De conformidad con lo entonces decidido por la Corporación, no cabe “señalar que una reforma constitucional que suprima la proscripción de la reelección presidencial, permitiéndola por una sola vez, constituya, por ese solo hecho, una sustitución de la Constitución” y esa es la premisa de la cual, en esta oportunidad, partirá la Corte para determinar si un referendo constitucional destinado a reformar el artículo 197 de la Carta

⁶⁶¹ *Ibíd.*

vigente, a fin de permitir una segunda reelección y, por consiguiente, un tercer mandato sustituye o no la Constitución”⁶⁶².

Luego, la Corte se refiere a la reelección presidencial, como rotura o quebrantamiento y sustitución de la Constitución, argumentación que sólo justifica por parte del alto Tribunal una extralimitación de funciones a través de un imperativo negativo o prohibición⁶⁶³, es decir que se está imponiendo una teoría constitucional negativa, lo que nos lleva en la práctica al desbordamiento de la justicia constitucional, que es un mal precedente para la línea jurisprudencial que ha venido adoptando la Corte que en este preciso asunto no es nada distinto que un constituyente negativo, en razón a que abrogándose una competencia de la que no dispone, va más allá y decide prohibir, excediendo sus facultades, asunto que se tipifica en las situaciones que la Corte Constitucional parece ocupar el papel de constituyente primario y derivado, sin que dichas actuaciones posean respaldo constitucional.

Sigue diciendo la Corte:

“En la doctrina, la prolongación, por una sola vez, del período de mandato de un parlamento e igualmente la prolongación, por una sola vez, de la duración del mandato de un Presidente, suelen ser citados como ejemplos destacados de una rotura o quebrantamiento de la Constitución que, según las circunstancias específicas de cada caso, puede presentarse en total armonía con la Constitución o en radical desacuerdo con ella...

...En las anotadas condiciones, procede destacar que, aún cuando al examinar la posibilidad de una reelección por una sola vez, la Corte Constitucional no encontró motivos justificativos de una sustitución de la Carta de 1991, en esta oportunidad debe acometer de nuevo “el control estricto adelantado mediante el juicio de sustitución”, porque la autorización de una segunda reelección del Presidente de la República, que conduciría al ejercicio de un tercer mandato, plantea serios interrogantes acerca de si se se sustituyen por otros opuestos, elementos basilares de la Carta vigente, en cuanto constitutivos de su identidad.

⁶⁶² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M. P. Humberto Sierra Porto.

⁶⁶³ Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas, la decisión judicial desde el ordenamiento*. Ob, cit, p. 236.

“Hechas las anteriores consideraciones, surge como conclusión inexorable de todas ellas que la segunda reelección implica un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva.

“Repárese en que el desvanecimiento de los controles, la falta de equilibrio y la consecuente afectación del principio de separación de poderes, tienden a traducirse en actuaciones desligadas de evaluaciones externas y del juicio derivado de esas evaluaciones, así como en desequilibrio y concentración de poderes en el ejecutivo, que son elementos totalmente opuestos o contrarios a los originalmente plasmados en la Constitución con la finalidad de evitar el desbordamiento del poder ejecutivo y de imponerle la moderación que le impidiera invadir órbitas competenciales ajenas a sus funciones, ya de por sí numerosas e importantes.

“Si a causa de la segunda reelección el sistema presidencial corre el riesgo de degenerar en el presidencialismo, si, además, el pluralismo, la participación y la noción de pueblo prohijada constitucionalmente sucumben ante la permanencia en el gobierno de una mayoría y si, por último, los elementos que configuran el modelo republicano se desvirtúan, ello quiere decir que la Constitución de 1991 no sería reconocible.

“De conformidad con lo visto, la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual, pues, según fue analizado, de esa forma política hacen

parte el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de Estado que no fue objeto de estudio en esta ocasión.

“Empero, conviene precisar que como el sistema jurídico adoptado para el Estado colombiano en la Carta de 1991, debe ser respetado y esas limitaciones debe ser puestas por el Legislador. De tal modo que si la originalidad normativa consagró limitaciones, el establecimiento de otros parámetros impuestos por minorías precisamente opuestas a la voluntad general, es un planteamiento inconveniente porque se impide además que al interior del Congreso se discutan y aprueben a través de leyes las iniciativas dirigidas a la protección efectiva de los derechos de todos los coasociados”.

Imaginar los tiempos venideros, si partimos de los supuestos de hecho analizados, en los que el Estado legislador sigue omitiendo el autónomo ejercicio de su función, implica que vamos a tener una Constitución sustituida por la Corte Constitucional a través de sus fallos, ante la mirada expectante del Congreso, que al final terminará afectando los derechos patrimoniales de las personas, configurándose una responsabilidad del Estado derivada de la actividad legislativa por omisión.

8.4. Juez constitucional

Debemos comenzar por señalar que esta atribución es muy amplia y en Colombia la poseen todos los jueces, cuando se trata de violación de derechos fundamentales⁶⁶⁴; no obstante, el tema que nos ocupa en forma precisa, se presenta cuando la Corte Constitucional con fundamento en una atribución legislativa relativa a la modulación de las Sentencias, o los

⁶⁶⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

efectos de las mismas en el tiempo, según lo previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (art. 45⁶⁶⁵. Sentencia C-037 de 1996); en el instante de proferir una Sentencia de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha de acoger la decisión que mejor se adecúe a su filosofía, que fundamenta en la supremacía e integridad de la Constitución⁶⁶⁶.

A través de esta figura, la Corte determina cómo debe ser interpretada una determinada norma, fija su contenido y sentido de la normativa, es decir son decisiones parcialmente estimatorias, porque declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal entendido en determinado sentido y es aquí donde empieza a configurarse el nacimiento de nuevas normas, porque si una norma es declarada inconstitucional, lo lógico es que a partir de ese instante sea excluida del Ordenamiento jurídico; sin embargo, la verdadera intención de este tipo de Sentencias, es la de sustituir al Legislador, y a través de esa figura la Corte le formula sugerencias al Legislador con el fin de que examine la regulación jurídica para que una Ley o Decreto pudiese ser considerado como constitucional.

Esto sucede en Colombia, en los casos en los que la Corte Constitucional le da un efecto distinto al que tenía la Ley anteriormente. Sin embargo, lo que en realidad ocurre es que se hace una transformación constitucional; lo que se busca es la modificación de su sentido, es decir la norma conservando el mismo texto, recibe un sentido diferente. La Corte entonces a través de la figura del juez constitucional y con el fundamento legal citado, busca con la excusa de adaptar la Constitución a la realidad, crear un nuevo sentido normativo y por esa vía una nueva Ley.

La Corte⁶⁶⁷, en reciente Sentencia indicó:

“La guarda integral de la Constitución, implica que la Corte Constitucional, al dictar una sentencia en la que se verifica y constata una violación a la Carta Política, como ocurre en el presente caso, tenga que adoptar una medida que no implique afectar más gravemente la propia

⁶⁶⁵ Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

⁶⁶⁶ Cft. Sentencias C-1153 de 2005, C-112 de 2000, C-221 de 1997, C-070 de 1996, C-600ª de 1995 y C-109 de 1995.

⁶⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-252 del 16 de abril de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio P.

Constitución. En otras palabras, no puede la Corte, so pretexto de la defensa de la Constitución, desconocer mandatos de mayor importancia o envergadura que aquel que se pretende defender. En tales situaciones, es deber del juez constitucional adoptar una decisión que proteja, hasta donde sea posible, los valores involucrados en el caso.

“La modulación de las sentencias de constitucionalidad no es una técnica extraña al mundo contemporáneo y menos al neoconstitucionalismo. Es un procedimiento legítimo y constitucionalmente válido que ha sido acogido por la doctrina y los Tribunales Constitucionales.

“El desarrollo jurisprudencial sobre la materia permite observar que la Corte ha recurrido a distintas modalidades en sus determinaciones como: i) las Sentencias interpretativas o condicionadas, ii) las Sentencias integradoras como las aditivas, y iii) las Sentencias de inexequibilidad diferida o de constitucionalidad temporal.

“Sobre esta última modalidad de sentencia, esto es, las de inexequibilidad diferida o de constitucionalidad temporal, esta Corporación en la Sentencia C-737 de 2001, la definió como “aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría ‘una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales’, por lo cual el Tribunal Constitucional establece “un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada⁶⁶⁸”.

“De esta manera, la Corte en la Sentencia C-221 de 1997 declaró la constitucionalidad temporal por un plazo de cinco años del literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986; la sentencia C-700 de 1999 postergó por varios meses los efectos de la declaratoria de inexequibilidad del sistema UPAC; la Sentencia C-141 de 2001 aplazó por dos legislaturas los efectos de la inexequibilidad del artículo 21 del Decreto 2274 de 1991; la Sentencia C-737 de 2001 dispuso que los efectos de la inexequibilidad declarada quedaban diferidos “hasta el 20

⁶⁶⁸ Sentencia C-112 de 2000. Fundamentos 16 y 17.

de junio de 2002, a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le es propia, expida el régimen que subrogue la Ley 619 de 2000; y la Sentencia C-720 de 2007 declaró inexecutable el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970⁶⁶⁹, así como las expresiones “compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenidas en el artículo 207 del mismo Decreto, difiriendo sus efectos hasta el 20 de junio de 2008⁶⁷⁰; entre otras⁶⁷¹.

Como vamos a observar en los párrafos siguientes, la Corte, para justificar su decisión, no sólo presenta ejemplos, sino que también toma citas jurisprudenciales de otras legislaciones, argumentos que pretenden demostrar que sus decisiones están conformes a las últimas tendencias normativas del mundo.

Expresó la Corte⁶⁷²:

“El acudir a este tipo de decisiones y, por lo tanto, el aval constitucional, ha sido explicado por la Corte en los siguientes términos:

“Para entender la necesidad de este tipo de sentencias de inconstitucionalidad diferida, supongamos un caso en donde el juez constitucional verifica que una regulación sometida a control vulnera un determinado precepto de la Carta, pero igualmente constata que la

⁶⁶⁹ La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas.

⁶⁷⁰ “Segundo.- Declarar inexecutable el artículo 192 del Decreto Ley 1355 de 1970 y la expresión “Compete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenida en el artículo 207 del mismo decreto. Tercero.- Diferir los efectos de lo resuelto en el ordinal segundo de esta sentencia, hasta el 20 de junio de 2008. Cuarto.- En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo resuelto en el ordinal anterior, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición. Quinto.- Exhortar al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración, expida una ley que establezca un nuevo régimen de policía que desarrolle la Constitución.”

⁶⁷¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-252 del 16 de abril de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio P.

⁶⁷² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-252 del 16 de abril de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio P.

expulsión automática de esa regulación provoca un vacío legal tan traumático, que la situación sería peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales, que si la Ley inconstitucional siguiera rigiendo. En tales circunstancias, ¿es razonable que el juez constitucional declare la inexequibilidad inmediata de la Ley revisada, a pesar de que esa decisión genera una situación todavía más inconstitucional? sometida a control vulnera un determinado precepto de la Carta, pero igualmente constata que la expulsión automática de esa regulación provoca un vacío legal tan traumático, que la situación sería peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales, que si la Ley inconstitucional siguiera rigiendo. En tales circunstancias, ¿es razonable que el juez constitucional declare la inexequibilidad inmediata de la Ley revisada, a pesar de que esa decisión genera una situación todavía más inconstitucional? Obviamente que no, pues la Corte, en vez de proteger la integridad de la Constitución, estaría atentando contra ella, puesto que su decisión de retirar la Ley acusada del Ordenamiento estaría provocando una situación constitucionalmente más grave.

“Pero, para evitar esas consecuencias traumáticas de una decisión de inexequibilidad, tampoco puede la Corte declarar la constitucionalidad de una ley que adolece de vicios de inconstitucionalidad. En tales circunstancias ¿qué puede hacer un juez constitucional cuando constata que una regulación es inconstitucional, pero que no es posible retirarla del ordenamiento, por cuanto la decisión de inexequibilidad genera un vacío legal, que es constitucionalmente más grave? Tal y como lo ha mostrado esta Corte en varias sentencias⁶⁷³, es precisamente en tales eventos que se justifica que el juez constitucional recurra a una inconstitucionalidad diferida, o constitucionalidad temporal, pues por medio de ellas, la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma acusada, pero confiere un plazo prudencial para que el Legislador corrija el vacío legal, y de esa manera se eviten los efectos traumáticos que tendría una decisión de inexequibilidad inmediata, para la realización misma de los valores constitucionales.

Las Sentencias de inexequibilidad diferida nacen entonces de la necesidad que tienen los Tribunales Constitucionales de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en

⁶⁷³ Sentencias C-221 de 1997, C-700 de 1999, C-112 de 2000 y C-141 de 2001

donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata, una regulación legal, por los efectos inconstitucionales que tendría esa decisión, pero tampoco es posible declarar la constitucionalidad de la regulación, pues el Tribunal ha constatado que ésta vulnera alguna cláusula de la Carta. Una de las salidas es entonces que el juez constate la inconstitucionalidad de la Ley pero difiera en el tiempo su expulsión del ordenamiento. Y esa modalidad de sentencia no implica ninguna contradicción lógica, pues conceptualmente es necesario distinguir dos aspectos: la verificación de la constitucionalidad de una norma, que es un acto de conocimiento, y la expulsión del ordenamiento de esa norma, por medio de una declaración de inexecutable, que es una decisión. Por ende, no existe ninguna inconsistencia en que el juez constitucional constate la incompatibilidad de una norma legal (acto de conocimiento) pero decida no expulsarla inmediatamente del ordenamiento (decisión de constitucionalidad temporal), por los efectos traumáticos de una inexecutable inmediata⁶⁷⁴.

Asunto que no ha sido ajeno al derecho comparado, según puede apreciarse de la decisión en comentario⁶⁷⁵:

“Lejos de ser una invención de esta Corte Constitucional, un breve examen de derecho comparado muestra que numerosos tribunales constitucionales recurren a esas modalidades de decisión. Así, el Tribunal Constitucional austríaco⁶⁷⁶ establece constitucionalidades temporales, por medio de las cuales ordena que la ley declarada contraria a la Carta continúe en vigor por un período de tiempo no superior a un año, a fin de permitir al Congreso su modificación durante ese lapso.

⁶⁷⁴ Sentencia C-737 de 2001.

⁶⁷⁵ A nivel de la doctrina pueden citarse: Alejandro Martínez Caballero, “Tipos de Sentencia en el control de constitucionalidad de las leyes”; *Revista de Socio Jurídicos*, Vol. 2. No. 1, 2000, pp. 9–32. Hernán Alejandro Olano García, “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Universitas*, No. 130 Universidad Javeriana, pp. 573-602. Paul Rueda Leal, “Fundamento teórico de la tipología de las sentencias en procesos de constitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, 2004, pp. 323–335. José Antonio Rivera Santibañez, “Estudios Constitucionales”, año 4, No. 2, 2006, pp. 585-609.

⁶⁷⁶ Ver Félix Ermacora. “El Tribunal Constitucional Austríaco” en Varios Autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 274, 282 y 287. Ver igualmente Heinz Schaffer. “Austria: La relación entre el tribunal constitucional y el legislador” en Eliseo Aja (Ed) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán también ha recurrido a múltiples variantes de Sentencias desde el punto de vista temporal⁶⁷⁷. Así, en determinadas ocasiones, el Tribunal declara la "incompatibilidad" de una Ley con la Constitución o "inconstitucionalidad simple" pero no la "anula", esto es, no la expulsa inmediatamente del ordenamiento, con el fin de evitar efectos traumáticos. Un ejemplo fue la sentencia 381/383 de 1995, relativa a la minería del carbón, en donde el tribunal constató la inconstitucionalidad de la regulación, pero no declaró su nulidad, por cuanto ésta provocaría "que el pretendido fomento de la producción de energía eléctrica a partir del carbón perdiese su propio fundamento", por lo que la sentencia se limitó a una mera "declaración de incompatibilidad" y ordenó la "vigencia transitoria de la norma en cuestión"⁶⁷⁸.

"Igualmente, el Tribunal Constitucional italiano también ha recurrido a formas de constitucionalidad temporal, por medio de decisiones que la doctrina ha denominado como "sentencias de inconstitucionalidad constatada, pero no declarada"⁶⁷⁹. Finalmente, el Tribunal Constitucional Español también ha señalado que no siempre la consecuencia ineluctable de la constatación de la inconstitucionalidad de una Ley es la nulidad de la misma, por los graves perjuicios que una tal decisión anulatoria podría generar en ciertos casos, por lo cual ha concluido que son procedentes las sentencias que constatan la inconstitucionalidad de la Ley, pero mantienen la disposición acusada en el Ordenamiento⁶⁸⁰.

"La modulación de los efectos temporales de los fallos, y en particular las sentencias de constitucionalidad temporal, lejos de ser instrumentos contradictorios, buscan consolidar un control constitucional vigoroso pero prudente y responsable. Además, este tipo de sentencias

⁶⁷⁷ Para el caso alemán ver, entre otras, las siguientes obras: Hans Peter Schneider. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp 62 y 218 y ss. Klaus Schlaich. "El Tribunal Constitucional Federal Alemán" en Varios Autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 192 y ss. Donald P Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1989, pp 60 y ss. Ver Albrecht Weber. "Alemania" en Eliseo Aja (Ed) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, pp 77 y ss.

⁶⁷⁸ Citado por Albrecht Weber. *Op-cit*, p 78.

⁶⁷⁹ Ver Roberto Romboli. "Italia" en Eliseo Aja (Ed) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, pp 112 y ss.

⁶⁸⁰ Ver sentencias STC 13 de 1992 y STC 45 de 1989. Ver igualmente Javier Jiménez Campo. "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley" en Eliseo Aja (Ed) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, pp 193 y ss

crea un diálogo fecundo entre el juez constitucional y el legislador, pues la decisión de exequibilidad temporal, en vez de cerrar la discusión social sobre el tema, impulsa un nuevo examen democrático del mismo por parte de Congreso. De esa manera, al acudir a esa forma de decisiones, el juez constitucional vigoriza y cualifica la deliberación social sobre los asuntos comunes, con lo cual la soberanía popular y el principio democrático no pueden sino verse fortalecidos (CP. Arts. 1º y 3º). [...].

El examen precedente es suficiente para mostrar que las sentencias de inconstitucionalidad diferida están plenamente justificadas en el ordenamiento constitucional colombiano⁶⁸¹.

Hay que citar el caso *Brown vs. Board of Education* de 1954 en Estados Unidos, en donde la Corte Suprema cambió el precedente *Plessy vs. Ferguson* de 1896, que definía el principio de igualdad como “separados pero iguales” y que llevó a la segregación entre blancos y negros en las escuelas y en otros lugares como restaurantes, establecimientos públicos y autobuses. La sentencia estableció que dicha diferenciación era abiertamente inconstitucional e iba en contra de la Enmienda 14 sobre la igualdad de oportunidades. La Corte estableció que como la sociedad había cambiado no se podía justificar una diferenciación que diera lugar a discriminar a las personas por su raza, estableciendo un nuevo entendimiento de dicho derecho que se sintetiza en el principio de que “nuestra Constitución es ciega al color” (Expresión del voto particular del Magistrado Harlan).

⁶⁸¹ *Ibidem*. También puede citarse un precedente en Argentina, caso de los jueces subrogantes “Rosza, Carlos A. y otro”, del 23 de mayo de 2007, donde la Corte Suprema de Justicia ordenó que para evitar la paralización de la justicia debían mantenerse los cargos interinos a pesar de su inconstitucionalidad a efectos de impedir las consecuencias gravísimas que se presentarían si se declarara inmediatamente su nombramiento como inexecutable. Indicó la Corte que se mantiene la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados con arreglo a la reglamentación cuestionada y se invita al Poder Ejecutivo Nacional y al Consejo de la Magistratura a que en sus respectivos ámbitos de competencia y en la medida de sus posibilidades, ejerzan las atribuciones necesarias para proceder a las designaciones de magistrados en los cargos vacantes. De igual modo, se puede reseñar que en Chile en el año 2009 se propuso un proyecto de reforma constitucional que facultó el diferir las sentencias de constitucionalidad hasta por 1 año. La propuesta de reforma decía: “artículo único. Agregase en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, el siguiente inciso quinto: sin perjuicio de lo expresado en los incisos anteriores, el Tribunal con la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio podrá postergar hasta por un año el efecto de la decisión a que se refiere el numeral 7 del artículo 93.” Ver, página: www.saberderecho.com.

“Sin embargo, la Corte Suprema estableció que como el desmonte de las formas de discriminación no se podía realizar de manera inmediata, ya que existiría oposición a la decisión, especialmente en los Estados del Sur, se debía diferir los efectos del fallo para su cumplimiento. En un primer momento la Corte le pidió a los Fiscales Generales de los Estados, en los cuales se permitía la separación en las escuelas públicas, que establecieran normas para desmontar la segregación racial de manera paulatina. Luego de algunas audiencias ante la Corte respecto del asunto, en mayo 31 de 1955, los jueces establecieron un plan conocido como Brown I y Brown II, para desmontar la segregación, ya que la sentencia debería aplicarse con la mayor prontitud⁶⁸².

“Ahora bien, esta modalidad de sentencia de inconstitucionalidad diferida resulta excepcional y debe entonces soportarse expresamente, como lo ha determinado este Tribunal, al indicar que puede recurrirse a la misma en la medida en que: “(i) se justifique expresamente esa modalidad de decisión; (ii) claramente se desprende del expediente que la declaración de inexequibilidad inmediata ocasionaría un vacío normativo que conduciría a una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada; (iii) se explique que esa solución es más adecuada que la de recurrir a una sentencia integradora, para lo cual debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el margen de configuración que tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento y, finalmente si, (iv) el juez constitucional justifique la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales⁶⁸³”.

Ahora bien, es de suponer que este mecanismo de inconstitucionalidad diferida siendo excepcional, su empleo en los estados de anormalidad institucional debe apreciarse por el Juez Constitucional con mayor rigurosidad, sin que ello impida su procedencia como modalidad decisoria valiosa para los Tribunales Constitucionales a efectos de poder materializar los

⁶⁸² <http://www.uscourts.gov/EducationalResources/ConstitutionResources/LegalLandmarks/HistoryOfBrownVBoardOfEducation.aspx>.

⁶⁸³ Sentencias C-852 de 2005 y C-737 de 2001.

imperativos superiores, particularmente representados por los valores, principios y derechos constitucionales.

“En el presente caso, el decreto declaratorio del estado de emergencia social se ha encontrado contrario a la Constitución Política, por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste de gravedad no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia).

“No obstante, al reconocer la Corte la presencia de una situación que reviste de “gravedad” consistente en los problemas financieros que aquejan de tiempo atrás el funcionamiento del sistema de salud, se justifica constitucionalmente que algunos de los decretos de desarrollo mantengan una vigencia temporal.

Frente al vacío legislativo que se genera con la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos de desarrollo, resulta imperioso que los que hubieren establecidos fuentes tributarias de financiación del sistema de salud, puedan continuar vigentes por un plazo prudencial, en aras de no hacer más gravosa la situación que enfrenta el sistema de salud y poder garantizar de manera provisoria mayores recursos para el goce efectivo del derecho a la salud, especialmente con destino a quienes por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta⁶⁸⁴.

“Esta Corporación no puede ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas y notoriamente opuestas a los valores, principios y derechos constitucionales, que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción.

⁶⁸⁴ De la sentencia T-760 de 2008 puede extraerse que la salud es un derecho fundamental que está íntimamente conexas con otros principios y derechos superiores como la vida, la integridad física, la dignidad humana, la seguridad social, la igualdad, la solidaridad, entre otros. La Corte ha definido la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.” (Sentencias T-964 de 2006, T-1218 de 2004 y T-597 de 1993).

“El conceder un plazo adicional de vigencia a algunos decretos de desarrollo persigue equilibrar en parte y así sea a corto plazo, las finanzas del sistema de salud para garantizar la prestación adecuada y oportuna del servicio. Tiempo que permitirá un mayor espacio al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a efectos de tramitar con la mayor prontitud posible las medidas legislativas y reglamentarias necesarias que busquen estabilizar definitiva e integralmente las distintas problemáticas que enfrenta el sistema.

“Así, en cumplimiento de su misión de ser un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta, se dispondrá que los efectos de la presente sentencia se difieran respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.

“Conforme a lo señalado, el plazo durante el cual mantendrán su vigencia los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación, así como el destino de dichos recursos, serán determinados por la Corte en los respectivos fallos sobre dichos decretos.

“La Sala adopta la decisión de diferir los efectos de su fallo en la materia puntualmente indicada, teniendo en cuenta las condiciones específicas del caso que se analiza. Así pues, de repetirse la situación actual, luego de que el poder Ejecutivo conoce las reglas establecidas por la jurisprudencia y la forma como las mismas son aplicadas, corresponderá a la Sala, en esa situación concreta, definir si corresponde o no tomar la excepcional decisión de diferir los efectos de lo que se resuelva.

RESUELVE:

Primero. Declarar **INEXEQUIBLE** el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, “Por el cual se declara el estado de emergencia social”.

Segundo. Los efectos de la presente sentencia respecto de las normas que establecen fuentes tributarias de financiación se determinarán de acuerdo con el considerando 7.3⁶⁸⁵.”.

De las citas jurisprudenciales transcritas, queda demostrado que la Corte Constitucional utiliza la modulación de las Sentencias para creación de normas, que podrían traducirse en responsabilidad del Estado legislador, por ser éste quien en forma expresa autorizó al alto Tribunal para que modulara sus fallos. De manera que, la Corte no resuelve a favor de mantener el equilibrio entre las Ramas del Poder y garantizar la supremacía de la Constitución, sino que lo que en verdad busca es la supremacía de sus fallos, que es algo que desmerece el Ordenamiento jurídico colombiano, por la responsabilidad que puede llegar a tener el Legislador, por permitir que se legitime ese proceder.

Además de las alteraciones al Ordenamiento jurídico, tales decisiones implican ir contra la integridad del Legislador y por supuesto de la Constitución, contexto que en definitiva no favorece el mantenimiento del orden jurídico en los precisos términos en que la Constitución contempla, por considerar que puede resultar lesivo para las personas.

Resulta de enorme interés sobre este particular rescatar la autonomía del Congreso colombiano, no solo como un responsable patrimonial, sino también como una autoridad que a través de la expedición de cada Ley deje una construcción de tal claridad desde el punto de vista conceptual, que todo ciudadano que le observa pueda entender su contenido, asunto que facilita la concepción original de que la Ley sea conocida por todos los habitantes del territorio.

Si se ponderan ambos intereses, los que actualmente defiende la Corte Constitucional y los que le están atribuidos al Congreso, es obvio que debe prevalecer los generales que representa el Congreso, por ser la institución que está constituida para hacer la Ley, que incluye, interpretarla y modificarla; asunto que merece en este preciso instante de toda la atención, puesto que la alteración por acción u omisión en el proceso de expedición de la Ley, afecta directamente al Estado de Derecho.

⁶⁸⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-252 del 16 de abril de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio P.

En este instante en Colombia tenemos tres autoridades que ejercen la función de Legislador, el Congreso, el Presidente de la República y la Corte Constitucional, asunto que es un contrasentido, ya que la Constitución solo menciona los dos primeros, encontrándonos entonces con el tercero que es el Legislador de facto, asunto este que ya es percibido por la mayoría de los ciudadanos.

Por otra parte, ligado a todo lo ya expresado, de modo muy especial, conforme a la realidad constitucional colombiana, las actuaciones de la Corte Constitucional, reflejan una muy intensa preocupación en que se respete la integridad de la Constitución y que se mantenga la esencia de la reforma de 1991, como es la obligación de un Tribunal Constitucional.

8.5. Justicia constitucional

La Rama Judicial forma parte del poder público, por lo que está sujeta a las obligaciones generales que la Constitución colombiana ordena. El Poder Judicial debe estar sometido al Derecho y con mayor razón si de allí emana la administración de justicia.

Bajo ese perfil, “existen al menos dos grandes formas de entender el Derecho. La primera derivada del Derecho anglosajón caracterizado por el precedente y la segunda naciente en la Europa continental más cercana a las decisiones que se adopten en el seno de los propios Tribunales, así como las decisiones provenientes de los tribunales superiores, lo que se ha llamado *stare decisis*⁶⁸⁶”.

Esta postura, se justifica básicamente en tres postulados⁶⁸⁷:

“a. La independencia del Poder Judicial, en el sentido de que no existe una obligación de resolver como resuelven los Tribunales superiores (salvo el caso de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo y, en ocasiones, Tribunales Superiores de Justicia).

⁶⁸⁶ Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ob, cit, p, 246. Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*.

⁶⁸⁷ Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ob, cit, p, 246.

b. Necesaria evolución del Derecho. Sería peligroso otorgar valor a los precedentes, ya que así no se permitiría la evolución del Derecho, provocándose una importante rigidez en su interpretación y aplicación.

c. El principio de especialización, en virtud del cual, las decisiones en los diferentes órdenes judiciales no tienen por qué coincidir”.

De Asís Roig⁶⁸⁸ citando a Ignacio de Otto, presentó tres argumentos en contra de la anterior postura, favorables al precedente:

“a. Seguridad jurídica: que se traduce en la exigencia de previsibilidad en las decisiones.

b. Igualdad: que se traduce en la exigencia de resolver casos iguales de manera idéntica salvo causa justificada.

c. Unidad del Derecho: que se traduce en la exigencia de una aplicación igual del Derecho en las diferentes demarcaciones judiciales” y agregó:

“la exigencia de tutela judicial efectiva, que sería transgredida en el caso de que no se tratara en forma igual casos iguales⁶⁸⁹”.

c. Unidad del Derecho: que se traduce en la exigencia de una aplicación igual del Derecho en las diferentes demarcaciones judiciales” y agregó:

“la exigencia de tutela judicial efectiva, que sería transgredida en el caso de que no se tratara en forma igual casos iguales⁶⁹⁰”.

Notemos que en la producción normativa que hace la Corte Constitucional combina los dos sistemas, como lo señalamos en las citas jurisprudenciales que presentamos a

⁶⁸⁸ Cfr. DE ASÍS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ob, cit, p, 246.

⁶⁸⁹ *Ibíd.*

⁶⁹⁰ Cfr. DE ASÍS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ob, cit, p, 246.

continuación; asunto de particular importancia porque tenemos que determinar si en el tema de la justicia constitucional, la Corte Constitucional, lo que en últimas le interesa es la justificación aparente de la decisión, no importando qué tipo de justificación, lo cual lesiona gravemente el sentido de la igualdad en la decisión judicial.

En suma, los destinatarios de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, en Colombia debieran ser calificados con una máxima por parte de los operadores jurídicos constitucionales y es que éstos sólo se ceñirán estrictamente al precepto constitucional y que las justificaciones de nuevos enunciados y que aún en la hipótesis de que sólo se aplica el precedente este debe tener unas técnicas de argumentación, que permitan un punto de partida esto es saber que la Corte en ninguna circunstancia y bajo ningún ropaje legislaría y con ello haría un gran favor a sus atribuciones de superjuez y superlegislador o legislador de facto, que no posee pero las ejerce.

La Corte⁶⁹¹, en relación con la determinación de la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función dijo:

“El moderno constitucionalismo y su sistema de justicia constitucional tienen un claro precedente en Estados Unidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1803 pues en ella por primera vez se le reconoció a un juez federal la potestad de dejar de aplicar una Ley cuando la considerase contraria a la Constitución. Esa potestad, que desbordaba el tradicional ámbito de decisión de la judicatura, tenía un fundamento incuestionable: Si el juez estaba compelido a aplicar una Ley inconstitucional se le estaba reconociendo al Legislador la facultad de modificar el texto constitucional. De allí que, en un acto de defensa y afirmación de la vigencia de la Carta, fuese legítimo que el juez se sustrajera a su aplicación.

...Estos desarrollos se vieron fortalecidos por la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo, esto es, como un Tribunal habilitado para excluir del ordenamiento aquellas leyes contrarias a la Carta...

⁶⁹¹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

...En ese contexto, la justicia constitucional se afianza como defensora de la Constitución pero entendida ésta ya no solo como un programa que vincula formalmente a los poderes constituidos sino fundamentalmente como un ordenamiento normativo cargado de valores materiales y abierto al pluralismo; esto es, como un espacio de reconocimiento, afirmación y promoción de los derechos fundamentales. De allí la importancia que, al lado del control constitucional de la Ley, se le reconoce desde entonces al amparo constitucional de los derechos”.

Luego, la Corte⁶⁹², en uno de los salvamentos de voto, al referirse al precedente precisó:

“El respeto al precedente juega un papel esencial en la justicia constitucional, tal y como ha sido destacado en múltiples oportunidades por esta Corte y por la teoría jurídica⁶⁹³. Por ello un Tribunal Constitucional debe ser consistente con sus precedentes y no puede apartarse caprichosamente de ellos. Sin embargo, el principio de respeto al precedente no debe ser exagerado y el juez constitucional tiene la posibilidad de cambiar su doctrina sobre un punto.

Y es que, como lo han señalado algunos doctrinantes, como Nino o Dworkin, la labor judicial se asemeja a la construcción colectiva de una catedral o a la redacción en grupo, y por capítulos, de una obra literaria⁶⁹⁴. Así, cada juez, al redactar su sentencia, se inserta en esa obra colectiva que es el derecho, y por ello no puede ignorar los precedentes, que lo limitan, como los capítulos previos de una novela redactada en grupo condicionan la labor de quien va a escribir una nueva página de esa novela. El juez no puede entonces ignorar los errores que han sido cometidos en el pasado.

⁶⁹² Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-618 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. .

⁶⁹³ Ver, entre otras, las sentencias SU-047 de 1999 y C-836 de 2001. Ver mi aclaración de voto individual a la sentencia C-1195 de 2001. La literatura internacional sobre la fuerza de los precedentes es muy abundante. Por ejemplo, para el caso inglés, ver Denis Keenan. *English Law*. (9 Ed) Londres: Pitman, 1989, pp 130 y ss. Un texto clásico en el ámbito anglosajón es el de Edward Levi. *Introducción al razonamiento jurídico* (Trad Genaro Carrió). Buenos Aires: Eudeba, 1964. Y, recientemente, el texto más importante es tal vez el estudio llevado a cabo por el llamado grupo de Bielefeld, que reúne a autores de la talla de Alexy, MacCormick, Atienza, Dreier, y otros. Estos autores realizaron conjuntamente una investigación comparada sobre precedentes en numerosos países. Ver Neil MacCormick y Robert Summers (Ed) *Interpreting precedents*. Paris, Ashgate Dartmouth, 1997. En el caso colombiano, por el contrario, los estudios sobre el precedente han sido más bien escasos. Sin lugar a dudas, en la doctrina nacional, el texto más importante en el tema es el de Diego López. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2000.

⁶⁹⁴ Para la metáfora de Nino sobre la catedral, ver su texto *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. Para la metáfora de Dworkin sobre la novela en cadena, ver su texto “How Law is Like Literature” en *Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, pp 158 y ss.

“Sin embargo, por elementales razones de seguridad jurídica, autocontrol judicial y respeto a la igualdad, el juez constitucional siempre tiene el deber de justificar cualquier cambio de jurisprudencia. Así, ha dicho al respecto esta Corporación:

“En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho (subrayas no originales)⁶⁹⁵”.

La sentencia C-252 de 2010, tiene 379 folios, sólo por citar un ejemplo algo que en el mejor de los casos y para quienes estén interesados en su lectura hace perder de vista la importancia del fallo, con un agravante ese fallo se incorpora al Ordenamiento Jurídico colombiano. Es tanto como pensar que todas las Leyes tuviesen una extensión en folios como la Sentencia citada, qué interés habrá en los nuevos estudiantes de las escuelas de Leyes, el análisis de tales providencias.

Dentro de ese marco conceptual, no podemos identificarnos con argumentaciones que gracias a su extensión hacen perder de vista los aspectos más relevantes de los fallos, caracterización que está haciendo carrera en Colombia, con argumentos de justificación de las decisiones, que en la mayoría de los casos no trasciende a la cuestión concreta.

⁶⁹⁵ Sentencia C-400 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No 57. En el mismo sentido ver sentencia SU-047 de 1999, fundamento 46.

Desde este aspecto tenemos otra objeción al verdadero significado de las actuaciones judiciales y es que cada vez que la Corte va a decidir un asunto de importancia como aconteció con la sentencia C-252 de 2010, lo primero que hace su Presidente y así lo hacen los demás en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, es convocar una rueda de prensa invitando a todos los medios de comunicación y allí empiezan a mostrar sus argumentos, convirtiendo a los fallos en factores de carácter mediático, más que el interés jurídico que en verdad concierne.

Esta justicia espectáculo es nociva y demuestra no el sometimiento del Poder judicial al Derecho, sino todo lo contrario, ausencia de prudencia, lo cual en las dos últimas décadas se ha convertido en parte de la cultura jurídica colombiana y se ha querido proponer como una de las características esenciales del Derecho moderno, no obstante, es algo ajeno a lo jurídico y debe desaparecer, ya que la obligatoriedad de las Sentencias no requiere apoyos en los medios de comunicación.

8.6. Reflexiones al presente capítulo

Hemos querido citar los casos mediante los cuales se puede comprobar una usurpación de funciones al Legislador por parte de la Corte Constitucional, apoyándonos únicamente en el Ordenamiento jurídico vigente.

Para demostrar que todo lo expresado es muy preocupante por la característica de Legislador que está adoptando la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencias: C-075 de 2007, ordenó que la protección de la unión de hecho prevista normativamente para parejas heterosexuales, se aplique también a parejas del mismo sexo y luego a través de la sentencia C-811 de 2007, declaró que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo admite parejas del mismo sexo.

Como si lo anterior no bastara, a través de la sentencia C-577 de 2011, la Corte declaró exequible la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil que regula el matrimonio entre personas heterosexuales y sin ninguna facultad constitucional

exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, contemplando su desarrollo emocional y no únicamente patrimonial, que desde el punto de vista jurídico y sociológico es notoria la inconveniencia de tal determinación, propia de una extralimitación de funciones por parte de la Corte Constitucional de Colombia, autoridad a la que no le está atribuida ninguna facultad para que exhorte al Congreso a legislar⁶⁹⁶, porque la realidad en virtud de la cual la Corte asume estas tareas es una contradicción; como también lo fuese si el Congreso exhortase a la Corte a proferir Sentencias, se está irrespetando la independencia de los Poderes.

⁶⁹⁶ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 241. *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

- 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*
- 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
- 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
- 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*
- 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*
- 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
- 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*
- 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.*
- 11. Darse su propio reglamento.*

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-618 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Al hilo de lo anterior, la Corte Constitucional mediante sentencia C-283, del 13 de abril de 2011, resolvió: “**EXHORTAR** al Congreso para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo”; asunto que está separado de la función judicial y en el instante en que el Estado legislador no responde colocando límites a las actuaciones del Poder Judicial, nos encontramos con una omisión legislativa que independientemente del criterio de la Corte no es más que una intromisión indebida en los asuntos internos del Congreso, que debe ser rechazada por el pleno de la Corporación a través de una Ley, por tratarse de una decisión que no puede ser delegada al Presidente de la República, dando lugar a la configuración y establecimiento de los límites que la Corte no ha respetado.

No se trata aquí de hacer una crítica caprichosa; la Constitución de Colombia nos habla elocuentemente de cuál es la función que ejerce cada una de las Ramas del poder público. De modo que, si bien los congresistas colombianos no han respondido como en derecho corresponde a las decisiones de la Corte Constitucional y con su silencio siguen permitiendo la usurpación de sus funciones, lo que de allí se deriva es una responsabilidad del Estado legislador por vulneración del principio de confianza legítima.

De manera que, el respeto pleno por el Ordenamiento jurídico, es inherente a todas las autoridades y quien de esa forma no opere y cause un daño antijurídico deberá indemnizar⁶⁹⁷.

Con ello, la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, con fundamento en la omisión legislativa, cobra vigencia y demuestra que el Legislador de Colombia con su inactividad y falta de una intervención decidida, apunta conscientemente y de forma expresa a considerar que la omisión en la ejecución de la tarea legislativa constituye uno de los supuestos para que haya lugar a declarar su responsabilidad, ya que como lo hemos

⁶⁹⁷ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Ver Ley 678 de 2001.

dejado suficientemente explicado las omisiones, como las acciones legislativas también dan lugar a la responsabilidad del Legislador⁶⁹⁸.

No queremos ofrecer una visión sesgada de los problemas que suscita la Corte con sus decisiones y el Congreso con sus omisiones; en este sentido son muy apropiadas las palabras de Santamaría Pastor⁶⁹⁹:

“Por lo mismo, las críticas que este libro contiene tampoco pretenden sugerir, ni de lejos, un programa de reformas: sería un esfuerzo inútil, porque nadie de los que podrían impulsarlas leerá estas páginas; porque si las leyera, no se darán por aludidos; y, sobre todo, porque no hay en todo el sector público el menor interés en mejorar el funcionamiento del sistema de justicia administrativa, cuya congestión asegura a las Administraciones una confortable demora de las sentencias desfavorables para sus intereses”.

Así mismo, no es pues nuestra pretensión que los integrantes de la Corte Constitucional o del Congreso, vayan a leer esta memoria, sin embargo consideramos que es la vista de un ciudadano que alcanza en su meditación las decisiones de la Corte Constitucional, así como las acciones y omisiones del Congreso, y, que debieran ser vistas por la población y de esa forma provocar una intervención decidida de los ciudadanos, pero el hecho de que los magistrados tengan el poder que actualmente tienen de crear normas, con el argumento de que corresponde a una interpretación constitucional, es obvio que les permite decidir como quieran.

Es por ello que un factor definitivo para que se adopten las decisiones acertadas, lo constituye la instrucción a los estudiantes, puesto que los centros educativos, por contener pluralidad de pensamientos de cuyo sumatorio podrían resultar las medidas que se requieran; sin perjuicio de que también lo sea la mayoría de la población con la intervención de profesores bien preparados, con exposición de argumentos fácilmente comprensibles, en asuntos constitucionales, con ayuda de las nuevas tecnologías y los medios de comunicación, se logre una culturización de toda la población en los grandes temas que inquietan al país.

⁶⁹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006. M. P. Humberto Sierra Porto.

⁶⁹⁹ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-comentario. Ob, cit, pp. 37.*

Obviamente del grado de comprensión de la Constitución que tenga la población, dependerá el rechazo o la aceptación de las decisiones que adopten los poderes públicos en Colombia.

Capítulo IX

9. La técnica legislativa

En nuestra legislación, la particularidad pública supone que la elaboración de la Ley no puede ser la reproducción integral de proyectos que en su mayoría, al menos es lo que ocurre en Colombia, provienen de iniciativa gubernamental, sino que previo a su aprobación debe existir una discusión en la que se pongan de presente todas las consecuencias que esa iniciativa, de convertirse en Ley tendría.

Aunque lo anterior no supone que la Ley no vaya a causar daños, si los evita. En el instante en que un proyecto se convierte en Ley, única y exclusivamente para complacer al Gobierno de turno, que normalmente tiene la mayoría en las cámaras, se está incurriendo en una responsabilidad del Estado legislador, porque existe una falta de planificación a largo plazo que se debe materializar en la discusión y aprobación de la Ley.

De manera que, con estos matices, el verdadero origen de la responsabilidad legislativa está en la técnica que se emplee para la elaboración de la Ley.

El problema que se ha suscitado, entre el daño que la Ley ocasione y sus verdaderas causas; debe guardar relación de índole puramente legislativa, sin perjuicio de que se estudien otros aspectos. Conviene una regulación para que los proyectos materializados en Leyes se fundamenten en un código que sea la expresión tangible de la previsibilidad que se impone a todos los aspectos de la vida en general y con mayor razón a la Ley que va a regir en un Estado determinado.

Todos los ciudadanos tenemos derecho a que las Leyes que nos rijan, como instrumentos para la convivencia, sean el resultado de un estudio pormenorizado dentro de un marco previamente delimitado en el supuesto de que ellas no van a causar daños.

Por tanto, la cuestión que debe discutirse es hasta qué punto, los vicios que se traducen en inconstitucionalidad de las Leyes, forman parte integral de la responsabilidad del Estado legislador y si los daños que se derivan de la aplicación de las Leyes constitucionales e inconstitucionales provienen directa y únicamente de ausencia de técnicas en su elaboración.

De modo que, desde esta óptica, se obliga al Legislador a llevar a cabo un análisis racional más allá de la disposición legal expresa, es decir prever con todos los medios posibles, los daños que eventualmente pudiesen llegar a causarse, en cuyo caso el mismo Legislador tiene la solución, incorporando en el cuerpo de la Ley, la indemnización a que haya lugar. Esto es fundamental comprenderlo en el límite de lo que constituye el ejercicio de la actividad legislativa y la responsabilidad que de ella se deriva.

En este sentido, los estudios que presentamos a continuación constituyen un ejemplo vivo de que la forma de las Leyes debe motivar el interés público y con mayor razón cuando se está tratando de analizar la responsabilidad del Estado legislador.

Esto supone que la Ley no puede ser expedida para perjudicar los derechos de los individuos y si se advierte la necesidad de reparar un daño, está permitido que el Legislador adopte las medidas necesarias para que las correspondientes indemnizaciones se hagan efectivas.

De ahí la importancia de la técnica legislativa en la responsabilidad del Estado legislador, que traerá como efecto la capacidad y participación activa del legislativo en su conjunto, en lo relativo a Colombia (Congreso y Presidente de la República), para responder con propuestas, debates y respuestas, cuyo resultado esperado no puede ser otro; que la Ley no cause daños.

De manera que, la colectividad destinataria de las Leyes tenga la capacidad de identificación y catalogación de los precisos casos en los que los daños y perjuicios que sufran se derivan directamente del Estado legislador.

De modo que, las fallas de técnica legislativa inciden directamente en la responsabilidad del Legislador, por lo que se hace preciso tratar el tema, sobre todo en lo que constituye la fase previa a la expedición de la Ley, que justamente es el momento propicio para advertir de los posibles daños que cause en el instante en que entre en vigencia.

Al hilo de lo anterior, si el Legislador francés hubiese advertido los riesgos de la Ley de 1934, que prohibió la fabricación y el comercio de todos los productos destinados al mismo uso que la crema láctea que se fabricasen con materia distinta de la leche, jamás el Consejo de Estado hubiese otorgado la indemnización en el *arrêt*, *Société des produits laitiers La Fleurette*, de 14 de enero de 1938. Así mismo, tampoco se habrían dictado las Sentencias reconociendo daños, por parte del Tribunal Supremo en España o del Consejo de Estado en Colombia, si todas las Leyes que a ellas dieron origen, hubiesen previsto los supuestos en los que la Ley llegara a ocasionar daños.

La cuestión tiene un matiz esencial, si la Ley cumple todos los trámites en su expedición y prevé los supuestos indemnizatorios, con la implementación de técnica legislativa, la posibilidad de que cause daños es remota. Siendo esta una realidad, impone que la calidad de la Ley no puede sustituirse por ninguna otra medida, llegando a la conclusión que es indispensable dedicar un capítulo al estudio de la técnica legislativa.

9.1. Leyes antiguas

Desde que, a comienzos de este siglo, V. Scheil publicara las Leyes de Hammurapi, el interés por este tipo de textos no ha hecho más que crecer. Son muy numerosos los estudios dirigidos a esclarecer tanto aspectos internos al texto, como cuestiones relacionadas con las razones que indujeron a su redacción y con la función que desempeñaron en el ámbito del derecho mesopotámico. El mismo afán con el que se ha acometido el análisis de estos documentos, y quizás la voluntad inicial de extrapolar nuestras propias categorías y

concepciones del derecho a sociedades tan diferentes como las de la Antigua Mesopotamia, han condicionado de alguna manera su estudio. Es muy discutible, por ejemplo, la denominación de código, pues ninguno de los textos así llamados consiguió ni por lo más remoto –y seguramente ni siquiera lo perseguiría así- abarcar de manera sistemática todas las leyes con las que abordar la compleja casuística de esas sociedades. Incluso la palabra Ley – que, junto con Código empleamos con comodidad-, implica una abstracción que tenía poco que ver con el pensamiento mesopotámico⁷⁰⁰.

Por otra parte, y como es lógico, la administración de la justicia en Mesopotamia no tuvo su reflejo sólo en esos Códigos o recopilaciones de Leyes. Conocemos también edictos, documentos de práctica legal y textos que fueron el resultado del entrenamiento de los escribas en esta rama del saber. Todos esos textos, permitirán que nos aproximemos al Derecho sumerio desde perspectivas distintas y, por ello mismo, enriquecedoras⁷⁰¹.

Siete son los códigos o recopilaciones de Leyes en escritura cuneiforme de los que hasta el momento tenemos noticia: la Leyes de Ur-Namma y las Leyes de Lipit-Istar en lengua sumeria⁷⁰²; las Leyes de Esnunna, las Leyes de Hammurapi, las Leyes Asirias y las Leyes Neobabilónicas en lengua acadia⁷⁰³; y las Leyes Hititas en lengua hitita⁷⁰⁴.

Los siete documentos presentan los suficientes rasgos comunes como para agruparlos en un único género literario, en el cual habría que incluir también a los dos de la Biblia (Éxodo 21.2-22.6; Deuteronomio 21.1-25.11) y el Código romano de las Doce Tablas (c. 450 a. C). En efecto, la formulación de la Ley en el antiguo Israel procede de una tradición legal a la que pertenecen los códigos cuneiformes, cuyos primeros testimonios fueron las Leyes sumerias, y que probablemente tuvo su influencia en la primitiva Ley romana⁷⁰⁵.

⁷⁰⁰ Cfr. MOLINA, Manuel. *La ley más antigua. Textos legales sumerios. Edicions de la Universitat de Barcelona. Trotta. 2000, pp, 16.*

⁷⁰¹ *Ibid.*, pp, 17.

⁷⁰² *Ibid.*, pp, 17. Citando a Bauer, J. - Englund, R. K. – Krebernik, M., *Mesopotamien. Spaturuk-Zeit und Fruhdynastische Zeit, Orbis Biblicus et Orientalis 160/1, Freiburg – Gottingen, 1998.*

⁷⁰³ *Ibid.*, pp, 17. Citando a Cambridge Ancient History, vol ½, Cambridge, 1991.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, pp, 17. Citando a Crawford, H., *Sumer and the Sumerians, Cambridge, 1991.*

⁷⁰⁵ *Ibid.*, pp, 17. Citando a Kramer, S.N., *The Summerians. Their History, Culture and Character, Chicago, 1963.*

De todos ellos, tres tienen similar estructura interna. Se trata de las Leyes de Ur-Namma, las Leyes de Lipit-Istar y las Leyes de Hammurapi. En estos tres documentos se halla una división clara del texto en tres partes⁷⁰⁶:

a) Un Prólogo, en el que el responsable de la redacción del texto recuerda las circunstancias en las que los dioses lo eligieron como monarca de su pueblo, describiendo a continuación, en primera persona, sus cualidades como rey y sus logros en diferentes parcelas de la vida política, social, económica y religiosa⁷⁰⁷.

b) Tras una locución adverbial introductoria (ud-ba[sum.] =inumisu [aC.] ‘en aquellos días’, ‘en aquel tiempo’), se expone lo que habitualmente conocemos como Cuerpo de Leyes. No hay en el texto ninguna indicación que sirva para distinguirlas unas de otras por lo que la división y numeración que hacemos de las leyes es artificial y depende por lo general de una sintaxis fácilmente reconocible: cada una de ellas consta de una prótasis en la que se expresa un supuesto, y de una apódosis en la que se anuncia la consecuencia de que se anuncia la condición de la prótasis. Normalmente en los textos sumerios el verbo de la prótasis parece en hamtu (aspecto verbal sumerio, también llamado puntual que se suele traducir con nuestro pretérito indefinido o nuestro pretérito perfecto), mientras que el verbo de la apódosis lo hace en marú (aspecto verbal sumerio, también llamado durativo, que habitualmente se traduce con nuestro pretérito imperfecto presente o futuro); en acadio (Leyes de Hammurapi) se observa un fenómeno paralelo, pues el verbo de la prótasis se conjuga en lo que denominamos pretérito (o puntual), y el de la apódosis en presente-futuro (o durativo). Tanto en sumerio como en acadio, el valor fundamental de estas formas verbales no es temporal, sino aspectual, de manera que la elección del tiempo en la traducción al español o a otras lenguas modernas depende en parte del contexto⁷⁰⁸.

Las Leyes que se enuncian en estos textos no son abstracción o principios de carácter general desde los que pueda abarcarse una casuística compleja y exhaustiva. La formulación de categorías de este tipo estaba fuera del alcance de la ‘ciencia’ mesopotámica, que procedía

⁷⁰⁶ *Ibíd.*, Manuel. Ob, pp, 17.

⁷⁰⁷ Cfr. MOLINA, Manuel. Ob, pp, 17-18.

⁷⁰⁸ *Ibíd.*, pp, 18-19.

de modo acumulativo y horizontal: agotar un tema del derecho significaba enunciar todos los casos posibles que girasen en torno a esa cuestión, lo que naturalmente no era posible. A pesar de estas limitaciones, sí se empleaba un cierto método que evitaba la acumulación desordenada de los casos. Por ejemplo, enunciando los más extremos o raros se implicaban las consecuencias en los más comunes; del mismo modo, podía construirse una serie de variaciones sobre un caso que, aunque no exhaustiva, si era lo suficientemente sistemática como para inducir al lector a rellenar por sí mismo las lagunas que presentaba la exposición. De cualquier manera, se estuvo siempre lejos de lograr una formulación completa, relativa a cualquier tema del derecho, por lo que era necesario presuponer que el lector conocía suficientemente el consuetudinario⁷⁰⁹.

Los temas que abordaba el Cuerpo de las Leyes giraban fundamentalmente en torno a: homicidios; daños u ofensas a las personas; delitos sexuales; robos; falsas acusaciones o testimonios; la situación jurídica de los esclavos; la evasión de esclavos; problemas relacionados con los niños o su adopción; problemas relacionados con las mujeres; cuestiones de tipo matrimonial; asuntos de herencia; pago de impuestos; retribuciones a médicos y otros trabajadores; préstamos; alquileres de bueyes y de barcos; compraventas o alquileres de terrenos y asuntos relacionados con el cultivo de los campos⁷¹⁰.

c) Los Códigos concluían con un Epílogo en el que se pronunciaban una serie de maldiciones contra quienes se atrevieran a modificar el contenido del texto (aunque en las leyes de Ur-namma no se ha conservado el Epílogo, es más que probable que este fuera del tipo descrito, e incluso que correspondiera al que el autor ha traducido bajo el epígrafe de Leyes de un rey anónimo⁷¹¹. Estas maldiciones son características de textos que, como éstos, se

⁷⁰⁹ Cfr. MOLINA, Manuel. *Ob. cit.*, pp. 19.

⁷¹⁰ *Ibíd.* pp. 19. Citando a Nissen, H.J., *The Early History of the Ancient Near East. 9000-2000 B. C.*, Chicago, 1988 (1983).

⁷¹¹ *Ibíd.* p. 19. Citando a Pettinato, G., *I Sumeri*, Milán, 1992. “Leyes de un rey anónimo (Ur.namma). En 1989 P. Michalowski y C.B.F. Walker recompusieron, a partir de siete fragmentos de una tablilla depositados en el British Museum de Londres, un texto en el que se reconocían algunas leyes formuladas de manera similar a la de los textos de Ur-namma y Lipit-Istar, así como una parte del epílogo del documento. El texto, una copia escolar del típico “código de leyes”, no podía formar parte de las leyes de Lipit-Istar, pues el epílogo conservado en ambos textos era diferente. En consecuencia, tenía que ser parte de las Leyes de Ur-namma (texto del que no se ha conservado el epílogo), o bien pertenecer a otro código distinto y desconocido hasta el momento. Los editores del texto no se decantaron claramente por ninguna de las posibilidades, aunque avanzaron la hipótesis de que hubiese dicho Isme-Dagan, rey de la I Dinastía de Isin, el responsable de su redacción. Más tarde, C. Wilcke y

exponían en lugares públicos y cuya integridad, por tanto, corría mayores peligros⁷¹².

El debate científico sobre estos documentos ha estado centrado en torno a su capacidad legislativa. Así, si bien en un principio casi no se discutía la función prescriptiva de los Códigos, ésta fue pronto cuestionada por B. Landsberger⁷¹³, y después por F.R. Kraus⁷¹⁴, y J.J. Finkelstein⁷¹⁵. Según este último autor, las Leyes de Hammurapi pertenecen al género literario de las inscripciones reales, unos textos cuyo contenido se encontraba en la ‘apología del rey’, la proclamación de sus virtudes, entre las cuales también se encontraba la aplicación de la justicia. Finkelstein, además, relacionó las Leyes de Hammurapi con las de Ur-Namma y Lipt-Istar y con las ‘Reformas de Urakagina’, defendiendo la idea de que estos textos se enmarcaban en una tradición literaria, dependiente de las inscripciones reales, en la que, con el paso del tiempo, el Cuerpo de Leyes habría ido ganando peso en detrimento de otras expresiones de justicia, como por ejemplo la referencia a la promulgación de ‘edictos de equidad’⁷¹⁶.

La adscripción de los Códigos de Leyes al género literario de las inscripciones reales tuvo un fuerte eco, y sigue siendo aceptada por diversos autores con algunas precisiones o nuevas aportaciones⁷¹⁷. Así, Westbrook⁷¹⁸ sostuvo que la tradición literaria de la que dependían los

M. T. Roth (esta última también autora de una nueva transliteración y traducción del texto), consideraron muy probable en que este fragmento fuese la parte final, hasta ese momento desconocida, de las Leyes de Ur-amma, hipótesis que, por nuestra parte, aceptamos como la más plausible.

El texto, que procede de la ciudad de Sippar, se encuentra en un estado de conservación muy fragmentario, pues sólo nos ha llegado la parte inferior de tres columnas del reverso de una tablilla que, probablemente, contenía la totalidad del código. No hay que excluir, por ello, que en el futuro se localicen en el museo nuevos fragmentos que permitan ir completando las lagunas y designar con seguridad al rey responsable de su redacción.

La sección de las leyes que se ha conservado aborda cuestiones relacionadas con propiedades inmuebles, el matrimonio, retribuciones a médicos y otros trabajadores y préstamos. Sigue después el Epílogo, del que se ha conservado solo una parte, en el que se lanzan las consabidas maldiciones contra quien se atreva a modificar el contenido del texto”.

⁷¹² Cfr. MOLINA, Manuel. *Ob. cit.*, p. 20. Citando a Postgate, J.N., *La Mesopotamia Arcaica. Sociedad y economía en el amanecer de la Historia*, Madrid, 1999 (1992).

⁷¹³ *Ibid.*. Citando a Sallaberger, W.- Westenholz, A., *Mesopotamien. Akkade-Zeit und Ur III-Zeit*, *Orbis Biblicus et Orientalis* 160/3, Freiburg – Göttingen, 1999.

⁷¹⁴ *Ibid.* p. 20. Citando a Steinkeller, P., <Mesopotamia in the Third Millennium B.C.> en D.N., Fredman (ed.), *The Anchor Bible Dictionary*, vol.4, Nueva York, 1992, pp. 724-732.

⁷¹⁵ *Ibid.* p. 19. Citando a Bottéro, J., <Le “Code” de Hammurabi>: *Anali della Scuola Normale Superiore di Pisa* III 12 (1982), pp. 409-444.

⁷¹⁶ *Ibid.*, pp. 20.

⁷¹⁷ *Ibid.*, pp. 20. Citando a Bottéro, J., <Le “Code” de Hammurabi>: *Anali della Scuola Normale Superiore di Pisa* III 12 (1982), pp. 409-444.

textos de las Leyes de Ur-Namma, Lipit-Istar y Hammurapi no tuvo continuidad en las recopilaciones de Leyes posteriores, y que en todo caso el tema de la ‘apología real’ era secundario en esos primeros códigos frente al Cuerpo de Leyes, sección fundamental del texto e incluso independiente del Prólogo y del Epílogo. Con un enfoque diferente, centrado en las Leyes de Hammurapi, Nyoffee⁷¹⁹ ha rechazado el papel del rey como Legislador y ha puesto el acento en sus motivaciones políticas para la redacción del texto, teniendo en cuenta, de esta forma, la estrecha relación entre Prologo y Cuerpo de Leyes. Es importante advertir, así mismo, como desde la época de UruKagina hasta la Hammurapi el tema de la justicia fue cobrando fuerza como una valiosa virtud del rey frente a sus actividades en las construcción de templos y palacios y en la mejora de infraestructuras⁷²⁰; y cómo también, a diferencia de los tiempos en los que actuaba como mero transmisor de la voluntad divina, el rey fue poco a poco reclamando un papel más activo en el sistema legal⁷²¹.

En resumen, de estos Códigos no emanaba la Ley, ni en ellos se promulgaban ‘nuevas leyes’. Estos textos eran, por el contrario, el reflejo de una Ley positiva que no difería mucho de la que puede deducirse de los textos e práctica legal. No es extraño, por tano, que no encontremos referencias a los Códigos en estos documentos, pues las resoluciones judiciales que en ellos se registraron no resultaban de aplicar las leyes enunciadas en los Códigos: el contenido de estos últimos y los pronunciamientos de los Tribunales se basaban en el Derecho consuetudinario. Todo lo más, podría admitirse, como lo sugiere Westbrook, que los llamados Códigos, dado su carácter descriptivo, hubiesen servido en algunos casos a los jueces como ‘libros de consulta’ donde hallar ‘precedentes’ útiles en casos difíciles⁷²².

Siempre nos encontraremos con ámbitos difícilmente evaluables por no estar precisamente determinados en la Ley, como pasa con el asunto de la técnica legislativa, que es

⁷¹⁸ *Ibíd.*, pp. 20. Citando a Bouzon, E., <Recht und Wissenschaft in der Redaktions/geschichte der keilschriftlichen Rechtssammlungen>, en Fs. Romer, Munster, 1998, pp. 39-61.

⁷¹⁹ Cfr. MOLINA, Manuel. Ob, cit, pp. 20. Citando a Finkelstein, J.J., <Ammisaduqa's Edict and the Babylonian "Law Codes"> *Journal of Cuneiform Studies* 15 (1961), pp. 91-104.

⁷²⁰ *Ibíd.* pp. 21. Citando a Finkelstein, J.J., <On Some Recent Studies in cuneiform Law>: *Journal of the American Oriental Society* 90 (1970), pp. 143-256.

⁷²¹ *Ibíd.*, pp. 21. Citando a Greengus, S., <Legal and social institutions of Ancient Mesopotamia>, en J.M., Sasson (ed.), *Civilizations of the Ancient Near East*, Nueva York, 1995, pp. I. 469-484.

⁷²² *Ibíd.* pp. 21. Citando a Kraus, F.R., <Ein zentrales Problem des altmesopotamischen Rechtes: Was ist der Códex Hammurabi?>. *Genava* 8 (1960), pp. 283-296.

útil cualquiera sea el tema que la Ley regule y siempre habrá que hacerle una evaluación a la Ley, por cuanto y en tanto, de ella se deriva el acierto o el yerro, así como las consecuencias de los daños que provocan a sus destinatarios.

9.2. El Derecho y la Ley

El Derecho puede significar la facultad que una persona tiene de exigir de las otras el respeto y la inviolabilidad de sí propio y de todo aquello que le pertenece. Entendido así, el Derecho es personal y denota la facultas agendi, que algunos denominan Derecho en sentido subjetivo⁷²³.

La relación jurídica dimana de la concurrencia y complicación de derechos particulares. Cada uno de los derechos que forman la relación jurídica debe considerarse como un elemento de ésta, de tal modo, que no se puede separar, ni apreciar aparte, sino en correlación con los diversos elementos que constituyen la relación jurídica, la que, dado este punto de vista, hay que estimar como un organismo. Así, por ejemplo, si se quisiera resolver acerca del derecho de un ciudadano colombiano, autorizado por la Constitución para reclamar un daño del cual fue víctima⁷²⁴, no se podría juzgar con acierto sin tener presente los hechos que causaron el daño, esto es el autor del daño, la víctima y la relación de causalidad, en su complejidad, esa relación jurídica resulta formada de todos los elementos que concurren, como son la edad de la víctima, sus ingresos, su grado de escolaridad, entre otros.

El Derecho se puede también considerar como algo exterior a la persona. En tal sentido, la palabra derecho se emplea para significar la base o fuente del Derecho, es decir, lo que da origen o fundamento al derecho perteneciente a cada uno y que sirve como regla o norma para el desarrollo de la actividad humana y de las relaciones jurídicas que de tal desarrollo derivan.

⁷²³ Cfr. FIORE, Pascuale. Traducido del italiano por AGUILERA DE PAZ, Enrique. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1927, pp, 11.

⁷²⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Ver Ley 678 de 2001.*

Esto es lo que se denomina Derecho en sentido objetivo y se puede considerar como la regla agendi⁷²⁵.

Todo derecho concreto encuentra su fundamento en la Ley; las relaciones jurídicas derivan de las instituciones jurídicas, las cuales resultan de un conjunto armónico y armónico y orgánico de disposiciones que tienen por objeto determinada relación jurídica. Toda institución jurídica es un organismo, y las partes que lo constituyen están dentro de él en correlación. Toda relación jurídica está subordinada a la institución jurídica correspondiente; todo derecho particular se subordina a una norma especial, de la que procede y que lo regula, y no es posible concebirlo más que en relación con ella. Esta norma o regla es de diversa naturaleza, según es también distinta la naturaleza de los derechos mismos. La división más importante es en la de derechos naturales y derechos positivos. Los primeros derivan de la Ley natural, cuyos principales y primeros caracteres son existir y obligar independientemente de toda obligación, ser universal, es decir, aplicable a todos sin distinción de nacionalidades y ser inmutable sin que nunca pueda alterarse ni derogarse. Los segundos proceden de la norma dictada en forma de canon, máxima, disposición, uso, etc., por quien tiene poder para hacerlo. Esto es el comúnmente llamado Derecho positivo⁷²⁶.

El Derecho positivo existe a veces en la conciencia común de los pueblos y adquiere forma sensible y exterior mediante la uniformidad de actos continuos y repetidos, es decir mediante los usos de la vida social y la costumbre. Esto constituye el Derecho consuetudinario. La costumbre es la más clara manifestación de las evoluciones del Derecho positivo en la conciencia general del pueblo. En ciertos casos puede también considerarse como causa de la Ley positiva. La Ley es la fuente más segura de los derechos pertenecientes a la persona. Es la regla positiva jurídicamente obligatoria, de las acciones humanas, que procede del poder supremo del Estado, a quien incumbe la potestad de mandar, prohibir, permitir o castigar⁷²⁷.

⁷²⁵ Cfr. FIORE, Pascuale. Traducido del italiano por AGUILERA DE PAZ, Enrique. Ob, cit, pp, 12.

⁷²⁶ Cfr. FIORE, Pascuale. Traducido del italiano por AGUILERA DE PAZ, Enrique. Ob, cit, pp, 12-13.

⁷²⁷ Cfr. Código Civil Colombiano. De la ley. Artículo 4o. Definición de la ley. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Cada Constitución determina a quién pertenece el Poder legislativo y a quién el de procurar la ejecución y la observancia de las Leyes. Todos están de acuerdo en reconocer que la Ley no puede ser verdaderamente obligatoria mientras no la conozcan o se pueda presumir que la conocen los que deben observarla. El medio por el cual llega la Ley al conocimiento de todos los que deben cumplirla, es la publicación o promulgación. Una vez promulgada la Ley en forma legal, se presume legalmente conocida y es obligatoria. Sobre este punto están conformes las legislaciones de todos los países⁷²⁸.

El hecho de que así se considere en los distintos países entre ellos Colombia⁷²⁹, que la Ley una vez promulgada es conocida por todos, no quiere decir que al autor y las legislaciones les asista razón en su argumento. Estamos abiertamente en contra de esa presunción, ya que es prácticamente imposible que las 1574 expedidas desde 1992 hasta la fecha, hayan sido conocidas por todos los colombianos. Justamente la última Ley que se ha promulgado es la Ley 1574 de agosto 2 de 2012, por la cual se regula la condición de estudiante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; publicada en la gaceta del Congreso número 510⁷³⁰. Así que, si la Ley una vez promulgada es inmediatamente obligatoria y el Estado no la ha hecho conocer en todos y cada uno de los pueblos y veredas del territorio colombiano, mal se puede presumir que su ‘ignorancia no sirve de excusa’, cuando sabemos que la Ley se hace para el pueblo y si esa población no la conoce, porque el Estado no le brinda los medios y entonces es un contrasentido presumir que toda la población conoce la Ley.

Lo más conveniente sería que se obligue al Estado a divulgar todas las Leyes promulgadas a toda la población y de no ser posible esa medida, que se establezca un lapso de tiempo entre la promulgación y la entrada en vigencia, esto es que haya transcurrido un término para que se pueda llevar a cabo la correspondiente divulgación.

Tendrían los casos planteados salvedades, en el evento de que la nueva Ley no rija en los casos en que por fuerza mayor o caso fortuito se haya impedido evidentemente la divulgación

⁷²⁸ Cfr. FIORE, Pascuale. Traducido del italiano por AGUILERA DE PAZ, Enrique. Ob, cit, p, 13-14.

⁷²⁹ Cfr. Código Civil Colombiano. Artículo 9o. Ignorancia de la ley. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.

⁷³⁰ Cfr. www.senado.gov.co.

de la Ley. A modo de ejemplo, podemos citar la guerra exterior, inundaciones u otros análogos en determinadas partes del territorio nacional.

Con estas premisas, existe responsabilidad del Estado Legislador, por ausencia de la divulgación de las Leyes promulgadas, por cuanto se obliga por el mismo Ordenamiento jurídico que todos debemos conocer la Ley. El hecho que la Ley sea sancionada y promulgada, ello no significa que todos la conozcan.

En España⁷³¹, opera similar presunción que en Colombia⁷³²; no obstante la Ley no debe ser obligatoria sino cuando es conocida por todos o se presume que lo es. Por tanto, si hay hechos que niegan la posibilidad de de la presunción, claro es la falta de fundamento al principio que supone la obligatoriedad de la Ley.

El asunto a resolver en España y Colombia, actualmente con esas presunciones previstas en sus Códigos Civiles que rigen acerca del conocimiento de la Ley por toda la población, es ¿qué tipo de prueba puede presentarse con la finalidad de destruir esa presunción?

Conviene observar que el principio de ignorancia de la Ley, debe admitirse cuando el Estado legislador no garantiza que la generalidad de la población ha podido conocer su contenido. No puede un ciudadano en una región apartada o en un barrio periférico de las grandes ciudades colombianas conocer la Ley, que el Estado no se ha preocupado por socializar. Por tanto, alegar esa presunción legal en lo que respecta a Colombia es una utopía.

⁷³¹ Cfr. Código Civil español. Artículo 6o. 1. *La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen.*
2. *La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.*
3. *Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*
4. *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*
Modificado por Texto Articulado del D. 1836/1974, de 31 mayo (RCL 1974, 1385).

⁷³² Cfr. Código Civil Colombiano. Artículo 9o. **IGNORANCIA DE LA LEY.** *La ignorancia de las leyes no sirve de excusa*

Pueden surgir dudas frente al presente planteamiento; sin embargo, los mismos interrogantes que se puedan generar respecto de los ciudadanos colombianos que se encuentren en otros países respecto del conocimiento de la Ley vigente, se aprecian y con mayor rigor frente a quienes aún viviendo dentro del territorio colombiano, no conocen la Ley porque el Estado legislador no lo hace por omisión, entonces allí la presunción legal estaría desvirtuada.

La distancia, el tiempo y la imposibilidad física para conocer o presumir conocido el precepto legal, son los asuntos a tener en cuenta. ¿Cómo deberán ser considerados? ¿Existe acaso en esos eventos fuerza mayor?

La respuesta, solo la posee el juez, quien deberá admitir o rechazar la presunción legal, con arreglo al principio de que la Ley no podrá ser obligatoria sino a partir del momento en que, valoradas las circunstancias de distancia, tiempo y la imposibilidad física, el operador judicial compruebe que efectivamente la Ley ha llegado al conocimiento de todos.

El otro interrogante que nos podemos plantear, consiste en el hecho de establecer ¿qué ocurre con los ciudadanos que conocen la Ley antes de que sea promulgada?, esto es utilizar información privilegiada, como pudiera acontecer con todos y cada uno de los integrantes y funcionarios del Congreso, así como los miembros del gobierno que hayan participado activamente en el trámite y aprobación de la Ley y que pudiesen utilizar sus preceptos en beneficio personal.

Frente al tema de la excelencia y lagunas de la Ley en el Ordenamiento español, es muy válido el comentario hecho por Santamaría Pastor⁷³³:

“La Ley de 1956 fue en su momento, sin dudarle, una ley excelente, en contraste con los textos legales (y reglamentarios) que le precedieron: sus virtudes han sido glosadas en numerosas ocasiones, y no insistiré en ellas. Pero ya en aquellas fechas presentaba lagunas abundantes, y el tiempo y sus sucesivas reformas no han hecho sino empeorala de manera alarmante, sin corregir sus abundantes deficiencias”.

⁷³³ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*; ob, cit, pp. 36.

“La Ley de 1998 resolvió muy pocas de las dudas que planteaba su antecesora, limitándose a asumir acríticamente la mayor parte de sus contenidos y a introducir algunas novedades conceptuales tan brillantes como ineficaces; y, lo que es peor, incorporó la desastrosa regulación del régimen de recursos contra autos y sentencias que había introducido la Ley 10/1992, de 30 de abril, cuyas sucesivas reformas singulares no han hecho más que agudizar sus defectos”.

“Seguramente, el lector se sorprenderá de la franqueza con que se exponen todas estas insuficiencias en los comentarios a los distintos artículos en las que se han advertido; pero silenciarlas cuando se han sufrido en los propios asuntos y en los intereses de las personas que me confiaron los suyos me parecería una muestra de deshonestidad intelectual”.

Así mismo, dejamos aquí aunto que la expectativa que ofreció la entrada en vigor del acto legislativo mediante el cual se reformaba a la justicia, para algunos congresistas y altos exfuncionarios del Estado colombiano, hoy privados de la libertad, quienes esperaban ansiosamente que fuera publicado para presentar las solicitudes de excarcelación, es decir el Congreso les había habilitado la forma de actuar para legitimar su proceder.

Para que la Ley una vez sancionada y publicada extienda su autoridad sobre todas las personas y sobre todos sus actos y hechos jurídicos, es necesario que el Estado legislador se percate de que todos los preceptos jurídicos que fija que son jurídicamente obligatorios, sean conocidos por todos sus destinatarios en igualdad de condiciones, porque cuando los jueces unipersonales y colegiados juzgan, están sometidos al imperio de la Ley⁷³⁴.

En consecuencia y con fundamento en la obligatoriedad absoluta de la Ley y si ella es expresión de la soberanía, a la que pertenecen exclusivamente el *summum jus*, el *imperium*, la pública autoridad⁷³⁵, y, si por lo mismo todos los habitantes del territorio de un país están obligados a conocerla, es obvio que el Legislador está obligado a informar a toda la población de su contenido, ya que si el daño se deriva de que ciertamente la Ley se ha conocido tarde, ese perjuicio patrimonial es digno de protección.

9.2.1 ¿Cuáles son los actos que tienen verdadero y propio carácter de Ley?⁷³⁶

Tiene virtud y eficacia de Ley el acto que emana de quien está en posesión jurídica o en

⁷³⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

⁷³⁵ Cfr. FIORE, Pascuale. Traducido del italiano por AGUILERA DE PAZ, Enrique. Ob, cit, pp, 19.

⁷³⁶ *Ibíd.*

posesión de hecho del Poder legislativo, es decir, de quien tenga facultad para mandar, prohibir, permitir o castigar; así como los medios para hacer respetar sus preceptos imperativos. También quien no tenga un derecho legítimo puede hacer Leyes si está en posesión efectiva de los derechos soberanos. De modo que tienen virtud y eficacia de Leyes los actos de un Gobierno provisional, y como tales deben aplicarse cuando lo haya sustituido el Gobierno regular, si no han sido derogados expresamente, o hay que estimarlos tácitamente derogados por ser incompatibles con el nuevo orden político o con la Constitución posteriormente promulgada?⁷³⁷.

A lo largo de la historia se ha planteado la necesidad de que exista un Legislador; sin embargo, nadie ha establecido los requisitos para que quienes de él formen parte no causen daños con la Leyes que aprueben; por ello, se necesita establecer unos límites y controles que dirijan sus acciones hacia un modelo predeterminado y es en este punto, en el que se requiere la adopción de una política legislativa acorde con la realidad de cada país y que resulta el punto de partida de cualquier política pública, en cuanto al Legislador se refiere.

El papel del Estado en relación a la específica política legislativa, debe ser el de asumir la responsabilidad y el seguimiento de los efectos de todas las Leyes que se promulguen y como tareas del Estado, verificar la eficacia de la Ley a partir de que ésta entra a formar parte del Ordenamiento jurídico tras su publicación en el Diario Oficial, en Colombia o en el Boletín Oficial del Estado en España.

Visto desde la óptica jurídica y sin perjuicio de las herramientas que se empleen para hacer conocer de la población el contenido de las Leyes, históricamente no ha existido en Colombia un modelo de socialización de las Leyes; por tanto, no nos debe extrañar pues que, no existiendo ni siquiera la palabra “socialización” de la Ley, con dificultad se logra que las demás disposiciones que obtienen la integración normativa se conozcan, como es el caso de los algunos Decretos expedidos por el Presidente de la República, por expreso mandato constitucional, los cuales se asemanan a las Leyes.

⁷³⁷ Cfr. FIORE, Pascuale. Traducido del italiano por AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Ob. cit.*, pp. 19.

En Colombia tienen ese carácter, los decretos legislativos⁷³⁸ y los decretos con fuerza de Ley⁷³⁹ y en España, los Decretos-leyes⁷⁴⁰, a través de los cuales, el Gobierno ejerce la función de legislar y las normas que de allí se deriven tienen carácter de Ley.

⁷³⁸ Cfr. Constitución Política de Colombia.

Artículo 212. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad...

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno...

Artículo 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno...

Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

⁷³⁹ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

⁷⁴⁰ Cfr. Constitución española. Artículo 86. 1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

En consecuencia la competencia para crear Leyes no se limita a una sola autoridad, tenemos entonces que tanto en Colombia como en España, la función legislativa la ejercen el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, este último como hemos visto en casos especiales. Es entonces el momento de observar, si la elaboración de la Ley requiere una técnica en particular y si actualmente el Estado legislador la está teniendo en cuenta.

9.3 La técnica legislativa

¿Trata la técnica legislativa, tan sólo de la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas? Consideramos que no. En este sentido es necesario el análisis de algunos aspectos.

La actividad legislativa en Colombia, es ejercida por autoridades⁷⁴¹, las cuales están en obligación de consultar la justicia y el bien común⁷⁴². Por tanto, la conexión entre el daño causado y la Ley que tiene el carácter de general, permite la observación desde el extremo de falla en la elaboración de la misma, determinando la responsabilidad patrimonial y su mecanismo indemnizatorio, fundamentado en la omisión generadora del perjuicio, por cuanto el Legislador no tuvo previsión alguna para impedir el daño, objetiva y subjetivamente injusto por su repercusión en la persona que haya resultado dañada, es decir, que quien pudiendo prever y no lo hizo, está provocando con su actuar una falla en el servicio legislativo.

⁷⁴¹ Cfr. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Art. 2. *Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.*

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.

⁷⁴² Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 133. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2009. *El nuevo texto es el siguiente: Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.*

Texto original: Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Así que, los casos de inconstitucionalidad de la Ley, constituye una falla en el servicio legislativo, por vicios en el proceso de formación de la misma que se derivan de la ausencia de técnica en su elaboración. En este sentido, el deber de indemnizar el daño que se cause a una persona por el sólo hecho de no haberse previsto, refleja una falla en el servicio. Por tanto, partiendo del supuesto que la jurisprudencia es vinculante en su condición de criterio auxiliar (Constitución Política de Colombia, artículo 230), servirá este argumento para reaccionar frente a una futura Ley, de cuya aplicación se derive un daño avaluado económicamente e individualizado con relación a una persona.

La Corte Constitucional ya se pronunció sobre la constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y el Congreso Norteamericano y lo declaró ajustado a la Constitución; si, eventualmente con ese acuerdo se llegasen a causar daños a pequeños industriales; estaríamos frente a una falla en el servicio, porque el Legislador al expedir la ley aprobatoria no previó las lesiones patrimoniales a personas, mediante la correspondiente indemnización por la falta de capacidad de competir de manera equilibrada con una economía y un mercado superiores al nuestro en todo sentido. Hipótesis similar se podría plantear con el tratado de libre comercio suscrito con la Unión Europea y los posibles daños a los productores de leche en Colombia.

La expedición de una Ley, decreto legislativo o con fuerza de Ley que rompa el proporcional equilibrio que debe existir frente a todos los ciudadanos, sin distingos de categoría, constituye una falla del servicio, en consecuencia será el juez administrativo quien determine si los daños son o no indemnizables y los criterios de valoración.

En el Derecho comparado y en nuestro Ordenamiento jurídico, se ha planteado la cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos del Legislador y se abordó en un sentido favorable a declarar esta responsabilidad, cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución, produzca unos graves y ciertos perjuicios y que según la Constitución Política en su artículo 90 encuentra su respaldo en la teoría del daño antijurídico; sin embargo, a este respecto, el juez no se ha referido a los defectos de la Ley, encontrándonos con una justificación más acertada con apoyo en el principio de la falla del servicio, que en el de igualdad ante las cargas públicas y aún cuando apreciara que existe un marco jurisprudencial,

la última palabra en este asunto no se ha dicho, porque el problema tampoco lo ha resuelto la confianza legítima.

En el ordenamiento jurídico Colombiano sólo tienen poder para legislar, el Congreso y el Presidente de la República (en los casos expresamente consagrados en la Constitución ya citados); por tanto, la concreción del daño derivado de una presunta responsabilidad patrimonial por la actividad del Legislador, al no prever el resultado dañino, nos acerca a una responsabilidad subjetiva, más que a una objetiva.

De conformidad con el estudio hasta aquí realizado, no se ha dado aplicación al principio de la falla del servicio, en los casos de responsabilidad patrimonial derivada de la Ley o el Decreto ley; no obstante, si el factor determinante en el daño que se cause se deriva de falta de técnica en la elaboración de esas normativas, es necesario prever recíprocamente en esos sectores legislativos, que los daños resultantes no pueden, ni deben ser asumidos como una carga por la población y que en este sentido la falla del servicio y sus elementos es el principio que más se ajusta a que quienes se vean patrimonialmente afectados.

En Colombia, las tres (3) decisiones adoptadas por el Consejo de Estado⁷⁴³, sobre la responsabilidad del Estado legislador, con fundamento en Leyes aprobatorias de tratados internacionales que reconocieron indemnizaciones, es decir aceptando que el particular obtenga por la vía judicial la satisfacción de sus pretensiones, señalan con claridad que el consentimiento del Estado para obligarse a través de tratados, requiere la autorización del Congreso (Constitución Política de Colombia, artículos 150-16 y 224); precisamente por este rango de los tratados en Colombia, la responsabilidad del Estado derivada de ellos, está sujeta al régimen jurídico de la responsabilidad del Legislador, con fundamento en la teoría del daño antijurídico (Constitución Política de Colombia, artículo 90), por cuanto y en tanto esa actuación es la consecuencia de una determinación del Poder legislativo, cuando el Congreso aprueba un tratado, lo hace a través de una Ley y allí expresó su consentimiento, que es el del Estado.

⁷⁴³ Consejo de Estado, sentencia 25 de agosto de 1998, Exp. IJ-001; Consejo de Estado, sentencia 8 de septiembre de 1998, Exp. IJ-002 y Consejo de Estado, sentencia 19 de octubre de 2000, Exp. 13.945.

Si en aquellas decisiones el operador jurídico, se hubiese detenido a analizar, en qué trámite de la aprobación de la Ley el Legislador incurrió en la falla, en consideración a que la técnica implica prevenir las consecuencias de esas determinaciones normativas, porque la mayoría de las veces los daños se pueden prevenir, entonces el principio aplicable no se deriva de la igualdad ante las cargas, sino de una falla por ausencia de previsión en el resultado de la aplicación de la Ley.

La Constitución colombiana, posee un fundamento general para enjuiciar los daños que ocasionen las Leyes, es el momento de darle un viraje a ese criterio jurisprudencial objetivado de la responsabilidad legislativa sin falta y señalar la presencia de una infracción subjetiva. Si ocurrió un daño causado por una Ley es porque existió una deficiencia de previsibilidad, lo cual se traduce en una anormalidad en el proceso de elaboración de la Ley. En consecuencia, existe la concurrencia de todos los sectores sociales representados en el Congreso, aún cuando la doctrina y la jurisprudencia hasta hoy no lo analicen desde esa perspectiva.

En los eventos que el Congreso legisle sobre un tema en particular y de la aplicación de la Ley se derive un daño, se presenta una frustración de las expectativas existentes, cuyo origen no es otro que el desconocimiento por parte del Poder legislativo de las reglas para la elaboración de las normas y si su finalidad no asegura suficientemente la ausencia de un perjuicio. Essos efectos dañinos merecen un género de compensación, cuya causa atribuimos a que se realicen y adopten las medidas necesarias para que el producto legislativo sea muy bien elaborado, con una técnica que asegure que no causará daños. Sería muy útil, que se lleve a cabo un inventario de todas las Leyes que hasta la fecha ha dictado el Congreso, en los años de vida republicana, para que el mismo Legislador abrogue las que en el presente siglo no tienen aplicación.

Urge también la expedición del Estatuto del Congresista, con el fin que se exija entre otras cosas, la presentación pública de la declaración de renta al ser elegido y cuando finalice su labor en el Congreso; del mismo modo, debe exigirse formación a cada uno de los aspirantes en técnica legislativa. Para hacer efectivo ese estatuto, se deberían modificar los artículos

172⁷⁴⁴, 177⁷⁴⁵ y 185⁷⁴⁶ de la Constitución, exigiendo requisitos a quienes aspiren a ser elegidos congresistas y que asuman responsabilidades por los votos depositados por ellos en el ejercicio de su actividad, fallas estructurales que existen en Colombia, las cuales requieren ser corregidas.

La función legislativa no es una tarea de medio, sino de resultado; por tanto, para la expedición de la Ley se requiere por parte del Legislador tener en cuenta distintos aspectos de técnica legislativa en materia de la legislación específica es decir atendiendo a los criterios específicos, que serán los instrumentos normativos para legislar.

9.3.1. Tradiciones en técnica legislativa

En los países de nuestra cultura hay dos grandes clases en materia de técnica legislativa, a saber:

a) Una muy antigua, la anglosajona (Legal Drafting). En su origen, se relaciona con la peculiar organización británica de redacción centralizada de proyectos de Ley, que se encomienda a un órgano dependiente del Gobierno (Parliamentary Counsel Office PCO) compuesto por funcionarios especializados en la redacción de leyes (draftsmen)⁷⁴⁷. El Parliamentary Counsel Office, se creó en 1869 con el objeto de centralizar la redacción de los proyectos. Los draftsmen constituyen un cuerpo prestigioso de redactores (en 1985 eran 28, su formación pasa por ocho años de juniority durante los cuales se preparan bajo la tutoría de un senior) que elabora los proyectos a partir de las instrucciones (legal instructions) ministeriales

⁷⁴⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 172. Para ser elegido senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección.

⁷⁴⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 177. Para ser elegido representante se requiere ser colombiano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de su elección.

⁷⁴⁶ Cfr. Constitución Política de Colombia. Art. 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

⁷⁴⁷ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989, pp, 12. Pablo Salvador Coderch. *Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa*. Citando a Ortlieb FLIEDNEER, *Gesetzgebung in England* 3 ZG 172 (1988), Miguel MARTIN i CASALS y Carles VIVER PI-SUNYER, *¿quién redacta las leyes?: los modelos de redacción concentrada y de redacción difusa de los proyectos de ley*. Comunicación presentada a las III jornadas de Derecho Parlamentario. <La función legislativa en los parlamentos y la técnica legislativa>, Cortes Generales, Madrid, mayo 1988.

que concretan un programa aprobado por el Gobierno. La institución traduce en términos de técnica legislativa la tradición del Common Law: no hay catálogos o códigos de directrices, sino una institución –el Parliamentary Counsel Office- de gran prestigio y una literatura sobre redacción de leyes que, es probablemente la más antigua y documentada del mundo⁷⁴⁸.

Por su parte, la propia doctrina del Common Law, según la cual el juez decide conforme a los precedentes (Stare decisis) salvo que la Ley escrita (statute) establezca otra cosa, obliga al legislador a redactar cuidadosa y analíticamente los textos legales. De lo contrario, el Common Law se filtrará por los intersticios que el draftsman se haya dejado. Se debe tener en cuenta que un elemento diferencial entre la tradición legislativa anglosajona y la continental europea es la mayor analiticidad de la primera en relación a la segunda: esto es algo que deriva precisamente de la distinta posición que históricamente han tenido frente al Derecho los jueces del Common Law con respecto a los del Civil Law⁷⁴⁹.

En todo caso, no se puede ignorar el peso específico de la bibliografía procedente de los Estados Unidos sobre Legal Drafting y Legal Writing⁷⁵⁰. No se trata solamente de razones derivadas de la inclusión de los Estados Unidos en el área del Common Law o de su propio poder político y científico. No cabe olvidar, además de lo anterior, que los Estados Unidos conforman hoy una de las organizaciones estatales –y, por tanto, legislativas- más antiguas y estables del mundo: las prácticas y las técnicas del drafting federal o estatales norteamericanos tienen una antigüedad que contrasta –fuera del caso inglés- con la modernidad y las soluciones de continuidad que se observan en Europa⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Ob. cit.*, pp. 12. Pablo Salvador Coderch. *Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa. Citando: El ejemplo clásico es George COODE. On Legislative Expression or the Language of the Written Law* (1ª ed. 1845, 2ª ed. 1852) Publicada como Apéndice en: Elmer DRIEDGER. *The Composition of Legislation: Legislative Forms and Precedents. Department of Justice. Ottawa*, 2.a ed. 1976, pág.317. Modernamente, la obra en referencia es la de G.C. THORNDON, *Legislative Drafting*, Londres, Butterworths 3.a ed. 1987.

⁷⁴⁹ *Ibid.* pp. 12-13. Citando a William DALE, *Legislative Drafting: A New Approach*, Londres, Butterworths, 1977, J. A. CLARENCE SMITH, *Legislative Drafting: English and Continental I Statue Law Review* 14 (1988)

⁷⁵⁰ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Ob. cit.*, pp. 13. Citando a Dos conferencias clásicas: Reed DICKERSON, *The fundamentals of Legal Drafting*. Boston/Toronto, Little, Brown and Co, 2.a ed. 1986 (1.a ed. 1965), David MELINKOFF, *Legal Writing: Sense and Nonsense*, New York, Charles Scribner's Sons 1982.

⁷⁵¹ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Ob. cit.*, pp. 13

b) Otra clase, mucho más reciente, es la germánica (Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungstechnik): hoy es una cultura dominante en Europa. Sin exagerar se puede decir que en Europa continental la técnica legislativa habla predominantemente alemán, que verdaderamente inicia su aplicación al comenzar la década de 1970, en los países del área cultural germánica⁷⁵².

9.3.2. La técnica legislativa en Colombia

En Colombia, la técnica legislativa no tiene tradición. En el año 1992, el Congreso expidió la Ley 5⁷⁵³; no obstante, en ella nada se dijo sobre usos y técnicas de legislar y de redactar documentos normativos cuya recopilación sistemática, comparación y evaluación son las primeras tareas que se debe plantear la disciplina de la técnica legislativa.

Es hasta el año 2007, cuando el Congreso a través de la ley 1147⁷⁵⁴, intenta poner en funcionamiento la técnica legislativa en Colombia. No obstante, dicho objetivo no se logra porque no se implementan reglas y directrices de técnica legislativa, ni se establecen los criterios que se deben seguir para la elaboración de las Leyes. No se compara, ni se valora el sistema de técnica legislativa que opera en otros países, para buscar la mejor alternativa para Colombia, que no debe ser la mejor en teoría, sino la más adecuada en la práctica.

Con el fin de observar si en Colombia realmente se ha tratado la técnica legislativa como una ciencia o doctrina de la legislación, conforme al resultado de nuestras actuales Leyes, no se prevé un verdadero modelo de legislación ni en el caso del Congreso, ni en el del Presidente de la República, pues poco avance nos ofrece, conforme a los recientes acontecimientos .

De otro lado, constituye una importantísima novedad, el hecho de que ninguno de los planes legislativos o gubernamentales se hayan detenido a estudiar con expertos en las

⁷⁵² Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Ob, cit*, pp, 13.

⁷⁵³ Cfr. LEY 5 DE 1992, (Junio 17) "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes". El Congreso de Colombia. Ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-025 de 1993

⁷⁵⁴ Cfr. LEY 1147 DE 2007. (julio 10) "Por la cual se adiciona la Ley 5ª de 1992 y se crean la Comisión Especial de Modernización y las Unidades Coordinadoras de Asistencia Técnica Legislativa y Atención Ciudadana del Congreso de la República".

distintas disciplinas, los proyectos que se van a someter a estudio para aprobación en la siguiente legislatura, en donde se identifiquen los destinatarios y los posibles daños que puedan llegar a ocurrir. Es decir, las posibilidades de visualización desde el legislativo, de los daños y los efectos patrimoniales de una Ley no se estudian en este instante en Colombia.

Basta citar un ejemplo ilustrativo y que comprueba el anterior argumento. A través de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, el Congreso expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo, el cual comenzó a regir el 2 de julio de 2012. Esta normativa trae un nuevo sistema procesal, denominado de la oralidad, que por supuesto requiere de instalaciones para las salas de audiencias, equipos de audio, así como de medios magnéticos. Pues pasado un año y ocho meses de la promulgación de la Ley, no existen las adecuaciones físicas para cumplir con ese cometido y además en el Congreso dentro del trámite de discusión y aprobación de la Ley, se habló de disponibilidades y no se dijo con claridad ni qué monto se había presupuestado, ni mucho menos si esos recursos estarían listos al 2 de julio de 2012; dijo la Ley:

“Artículo 307. Recursos para la implementación y desarrollo del Código. La implementación y desarrollo de la presente ley se atenderá con los recursos que el Gobierno Nacional viene asignando a La Rama Judicial, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 10 de la Ley 1285 de 2009, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos de Mediano Plazo”.

Como se puede observar, que no existen recursos nuevos para la implementación normativa y en este plan normativo, nada se dijo sobre nuevas asignaciones presupuestales, es decir que con el mismo presupuesto que viene funcionando el Poder Judicial, se deberán atender estas nuevas necesidades, es decir no se observan estudios de detalle acerca del impacto económico de la nueva Ley en las finanzas públicas.

La ley 1147 de julio 10 de 2007, creó una “Unidad Coordinadora de Asistencia Técnica Legislativa, UATL”, la cual tiene los siguientes objetivos:

“Artículo 6°. Unidad Coordinadora de Asistencia Técnica Legislativa, UATL. Son objetivos de la UATL brindar servicios de apoyo jurídico y asesoría técnica a las Comisiones Constitucionales y Bancadas del Congreso. Son funciones de esta Unidad:

1. Procurar la alta calidad de los proyectos de ley, de Acto Legislativo y de la discusión legislativa por medio de investigaciones técnicas y objetivas.
2. Apoyar por medio de asesorías técnicas y objetivas la calidad de los proyectos de ley, de Acto Legislativo y de la discusión legislativa.
3. Fortalecer las iniciativas legislativas presentadas en el Congreso con la participación oportuna de la sociedad.
4. Establecer un vínculo constante con la comunidad académica para facilitar el análisis de los temas legislativos, por medio de la suscripción de convenios de cooperación.
5. Adelantar el programa de judicatura y pasantías legislativas para la Unidad con las distintas universidades nacionales y extranjeras.
6. Las demás que le asigne la Comisión”.

Aquí no se puede perder de vista, que el Congreso no tomó en serio la técnica legislativa, según se desprende de la implementación de recursos humanos y materiales organizados con ese objetivo.

La técnica legislativa, no es una tarea individual, esta es una labor de todo el Congreso, esto es los 102 senadores y los 166 representantes. Observemos lo que dijo la ley 1147, sobre quienes integrarían esa unidad:

“Artículo 7°. Planta de personal de la UATL. La planta de personal de la Unidad Coordinadora de Asistencia Técnica Legislativa es la siguiente:

N° de cargos	Nombre del cargo	Grado
1	Coordinador de la UATL	12
1	Subcoordinador	09
4	Asesor II	08
1	Secretaria Ejecutiva	05
1	Mensajero	01”

Según las normas transcritas y acorde con los cargos creados en la Ley, creo cinco cargos, para adelantar una función de exégeta solitario de todos los proyectos de Ley que se tramiten en el Congreso, ignorando que los resultados no pueden ser los mejores. En realidad lo que hizo el Congreso a través de la unidad creada, fue trasladar todo el trabajo que debe realizar el Congreso en su conjunto, es decir cada uno de los integrantes del Legislativo, al insignificante grupo de personas descritas en la Ley, de esa forma jamás se lograrán los resultados en el tema de la técnica legislativa que Colombia requiere.

Además de lo anterior, la Ley dio origen a un Consejo técnico, cuya integración y reglamentación están a cargo de otra comisión; el texto dijo:

“Artículo 9°. Consejo Técnico. Créase el Consejo Técnico encargado de velar por la calidad y objetividad de los estudios de antecedentes, análisis legislativos y anteproyectos de ley que realice la UATL. La integración y funcionamiento serán reglamentados por la Comisión Especial de Modernización”.

Aquí no se habla ni de recursos, ni de organización y mucho menos de ciencias sociales aplicadas.

Por su parte, la Ley reguló una Unidad de Coordinación Ciudadana, que nada tiene que ver con aspectos de técnica legislativa y para comprobarlo, veamos lo que dijo:

“Artículo 10. Unidad Coordinadora de Atención Ciudadana, UAC. La UAC tiene por objeto ser un enlace de comunicación entre el Congreso y la sociedad, para promover la participación pública y la incidencia de la ciudadanía en la actividad legislativa. Son funciones de esta Unidad:

1. Divulgar información acerca del Congreso, el trámite y la actividad legislativa.
2. Canalizar comentarios y opiniones de la sociedad sobre los temas que se discuten en las Cámaras legislativas y facilitar la respuesta por parte de las mismas.
3. Orientar o remitir solicitudes ciudadanas a la autoridad competente.
4. Desarrollar el Programa "Visitas Guiadas al Congreso".
5. Manejar la Línea de Gratuita del Congreso.
6. Las demás que le asigne la Comisión”.

Los operadores legislativos se encuentran delante de un dilema muy dramático, en razón de las funciones que tienen que abordar y que deben conducir a la producción de Leyes de calidad, tarea que no se puede cumplir, o, al menos, no pueden desempeñarla, sin dejar de ser lo que siempre ha sido; deficiente.

Pues bien, va a ser en ese período cuando se demuestra que es imposible cumplir y se percibe por los resultados recientes que los errores del Legislador, le están ganando la batalla a la Ley que reguló la técnica legislativa en Colombia.

Para el funcionamiento de la unidad prevista en el artículo 10, la Ley nuevamente crea unos cargos, que nada tienen que hacer en técnica legislativa. La Ley dijo:

“Artículo 11. Composición. La Unidad Coordinadora de Atención Ciudadana tendrá la siguiente composición:

Nº de cargos	Nombre del cargo	Grado
1	Coordinador de la UAC	12
1	Subcoordinador de la UAC	09
3	Asesor de Atención Ciudadana	08
3	Asistente de Atención Ciudadana	05
1	Secretaria Ejecutiva	05
1	Mensajero	01”

No se comprende ¿cómo?, si la actividad fundamental del Congreso en Colombia es legislar, se expide una Ley que se refiere a la técnica legislativa, no obstante nada se habla del tema principal que la normativa regula, con la profundidad que requiere, lo cual indica que nuevamente nos encontramos con una omisión del Estado legislador, es decir que el daño que la Ley ocasione, tiene en principio una causa eficiente, fallas de técnica en la elaboración de la Ley.

Es urgente que la formación jurídica colombiana incluya como disciplina la técnica legislativa. Es una irresponsabilidad que se expida la Ley 1147 y en ella no se haga un estudio de la técnica legislativa en el Derecho comparado, donde se recalque el tema de la redacción y elaboración de las Leyes, es decir se haga una práctica legislativa, que obviamente no debe incluir solo a los integrantes del Congreso, sino al Gobierno, esto es al Poder Ejecutivo, porque desde allí también se legisla.

En Colombia aún cuando la Ley 1147 fue expedida para ocuparse específicamente de la técnica legislativa, no se legisló sobre uno de los cimientos de la responsabilidad patrimonial del Legislador; se pasó por alto la economía, la sociología y la ciencia política, ciencias estas que le permitirán prever a la futura Ley, los condicionamientos y consecuencias económicas, sociales y políticas de las Leyes y decretos Leyes que expida el Legislador colombiano.

Para finalizar el análisis de la Ley 1147, en su parte final, al referirse al tema presupuestal, lo delega al Gobierno, es decir, que ni siquiera el mismo Congreso, sabía en el instante de expedir de la Ley, de dónde iban a salir los recursos para implementar las unidades que la Ley creaba. Expresó la Ley:

“Artículo 15. Partida presupuestal y emolumentos salariales. El Gobierno Nacional autorizará las partidas presupuestales correspondientes para el cumplimiento de la presente ley.

La planta de personal de la Unidad Coordinadora de Atención Ciudadana se incorpora a la planta de personal del Senado de la República.

La planta de personal de la Unidad Coordinadora de Asistencia Técnica Legislativa se incorpora a la planta de personal de la Cámara de Representantes.

Los gastos operacionales serán asumidos por el Senado de la República y la Cámara de Representantes por partes iguales”.

La técnica legislativa es un saber aplicado a la composición y redacción de las disposiciones jurídicas, es un conjunto de procedimientos y recursos de orígenes distintos: unos proceden de saberes científicos o tecnológicos; otros, de generalizaciones empíricas bien contrastadas; y unos terceros, del conocimiento común u ordinario. No es fácil, por tanto, encuadrarla correctamente⁷⁵⁵.

⁷⁵⁵ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Ob, cit, pp, 16*

Una vez realizado un estudio de la “ley 1147 de 2007, (julio 10), por la cual se adiciona la Ley 5ª de 1992 y se crean la Comisión Especial de Modernización y las Unidades Coordinadoras de Asistencia Técnica Legislativa y Atención Ciudadana del Congreso de la República”, encontramos que en Colombia el Legislador no se ha preocupado por la ciencia o la doctrina de la legislación, tampoco se ha detenido a examinar las cuestiones básicas, su concepto, evolución, no se ha observado la teoría y la Filosofía del Derecho, se ha pasado por alto la historia del Derecho y el Derecho comparado, aspectos esenciales para que la técnica de elaboración de las Leyes sea efectiva y evitar eventuales daños atribuibles al Estado legislador.

Si la Ley es una fuente del Derecho, debe formar parte de la teoría del Derecho y del Derecho Constitucional; por tanto, la técnica legislativa que justamente debe ser establecida, en el Ordenamiento jurídico colombiano, para asegurar los fines del Estado previstos en la Constitución, esto es una Ley bien hecha, urge entonces un procedimiento en la legislación, esto es un procedimiento para la elaboración de la Ley y de Decretos con fuerza de Ley y Legislativos, estudio que forma parte del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional, por tratarse de que en la redacción de las Leyes debe existir al interior del legislativo, un conocimiento pleno del tema, con fundamento en instrumentos que permitan alcanzar los objetivos que el Estado colombiano pretenda lograr, donde los conceptos de economía aplicada terminan teniendo un gran impacto, ya que la gran mayoría de las Leyes, regulan aspectos económicos, que inciden en la elaboración de análisis de proyectos de textos normativos, sin dejar pasar los criterios operativos, con un conocimiento cabal de las limitaciones que el Estado colombiano posee para llevar a término sus metas.

Quienes ejercen la actividad legislativa debieran ser conscientes que la Legislación es una Ciencia y como tal requiere la idoneidad plena de quienes a ella se dedican, para lograr la meta constitucional, según la cual, el Legislador debe actuar siempre consultando la justicia y el bien común⁷⁵⁶, fines que no se pueden lograr sin la implementación de una técnica legislativa que asegure que la Ley no sólo utiliza un lenguaje legal, sino que también en su

⁷⁵⁶ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 133. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

estructuración, esto es su composición sistemática, sus partes, aseguren una estructura formal y conceptual adecuada, con sus correspondientes análisis económicos a fin de que los políticos colombianos sepan entender que la práctica de la política y la implementación jurídica de las reformas que propongan, requieren de instrucción y educación para quienes hayan elegido esta área del saber, es decir que la culturización juega un papel preponderante para lograr que en realidad se conciba en Colombia a la Legislación como una Ciencia, la cual requiere de investigación, estudio y comprobación de resultados, los cuales se pueden observar en la aplicación de la Ley y de esa forma el funcionario público, el operador judicial y el ciudadano común pueden tener plena certeza que las Leyes que nos rijan en Colombia, no son el resultado de aprobaciones precipitadas, sino de estudios y análisis hechos con profesionalismo, conocimiento e idoneidad.

Acerca del tema de la técnica legislativa, uno de los principales asuntos que afecta a las Leyes, la Corte Constitucional⁷⁵⁷, siguiendo la doctrina, ha precisado:

La técnica legislativa es “un conjunto de recursos y procedimientos encaminados a elaborar un proyecto de norma jurídica, siguiendo los siguientes pasos: primero, la justificación o exposición de motivos de la norma; luego, redactando su contenido material de manera clara, breve, sencilla y accesible para los destinatarios de la disposición.

En este orden de ideas, la técnica legislativa consiste en un conjunto de reglas encaminadas a ajustar la conducta funcional del legislador, para la adecuada elaboración de la Ley”.

En la misma Sentencia, la Corte fijó su posición acerca los proyectos de Ley declarados parcialmente inexecutable en los siguientes términos:

⁷⁵⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-856 de 25 de noviembre de 2009. C.P. Humberto Sierra Porto“. Las labores consistentes en “rehacer” e “integrar” un proyecto de ley, aluden a actividades vinculadas con la técnica legislativa, entendida ésta como el arte de redactar los preceptos jurídicos de forma bien estructurada, cumpliendo con los principios de coherencia y seguridad jurídica.⁷⁵⁷ (Sainz Moreno, *Técnica legislativa*, Madrid, Civitas, 1995) Al respecto, autores como Bulygin⁷⁵⁷ (Bulygin, E., *Teoría y técnica de la legislación*, México, 1991), Atienza⁷⁵⁷ (Atienza, M., *Razón práctica y legislación*, México, 1991) y Aguiló⁷⁵⁷ (Aguilo J., *Técnica legislativa y documentación autonómica de legislación*, Madrid, 1990), entienden por técnica legislativa: ...

“En suma, la competencia de la Corte Constitucional en materia de proyectos de ley declarados parcialmente inexecutable, se extiende a verificar (i) el trámite adelantado en el Congreso de la República (control formal); y (ii) el cumplimiento del deber de rehacer e integrar el texto del proyecto de ley, en los términos de la sentencia de control de constitucionalidad (control material)”.

Así mismo, la Corte Constitucional⁷⁵⁸, ha precisado que los errores de técnica legislativa, no conducen a la inconstitucionalidad de una norma y que en muchos casos conducen únicamente a su ineficacia. Asunto nada fácil para los destinatarios, quienes además de suponer que conocen la Ley, de otro lado, necesitarían saber acerca de su eficacia.

En un Estado que tiene una producción normativa significativa, el resultado de la actividad legislativa no se puede medir por la cantidad de Leyes aprobadas, sino que las que se expidan sean el resultado del conocimiento y la experiencia de un grupo de funcionarios especialmente preparados para tal fin.

Quien redacte una Ley, deberá conocer las intenciones de quien le encarga esa tarea. Por eso, deberá tener familiaridad con los archivos de Leyes anteriormente expedidas y capacidad para valorar su resultado a lo largo del tiempo. Más aún, si es posible, deberá controlar las discusiones que se den al proyecto y velar en todo instante por la calidad de la Ley que finalmente resulte aprobada.

En todo caso la comisión redactora de los proyectos de Ley, para la puesta en ejecución de su gestión, dispondrá de autonomía y presupuesto, de lo contrario sería inoperante.

⁷⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-230 de 5 de marzo de 2008. C.P. Rodrigo Escobar Gil. “Observa finalmente la Corte que la alusión que la demandante hace a algunas inconsistencias presentes en la disposición demandada no se plantea como un nuevo cargo de inconstitucionalidad, sino como argumento orientado a mostrar que el contenido propio de la disposición demandada no fue objeto de debate en el seno del Congreso, lo cual demostraría, a su vez, que se incorporó en una ley que era ajena a ese contenido específico, sin que por consiguiente se hubiesen tenido en cuenta las consecuencias que podía generar en esos ámbitos distintos al de la ley en la que fue incorporada.

Sobre el particular cabe señalar que los errores de técnica legislativa no conducen per se a la inconstitucionalidad de una norma, y que, en muchos casos conducen únicamente a su ineficacia, al paso que, por otra parte su presencia en una ley determinada no permite presumir, necesariamente, una ausencia de debate o de conocimiento, puesto que pueden provenir de errores de transcripción o de inadvertencia en asuntos que se debaten en una dimensión general pero que luego deben especificarse en sus manifestaciones concretas”.

9.3.3. Técnica legislativa en España

La experiencia europea manifiesta que la técnica legislativa ha sido impulsada y practicada con tres medidas distintas⁷⁵⁹:

1. La reorganización del procedimiento (administrativo y legislativo en sentido propio) de elaboración de disposiciones jurídicas.
2. La constitución de grupos de trabajo u organizaciones más estables de investigación y desarrollo.
3. La elaboración de catálogos o cuestionarios de directrices de técnica y metódica legislativa.

Según Salvador Coderch⁷⁶⁰, hay en toda esta problemática un tema de educación jurídica: directrices y cuestionarios se dirigen a juristas que, aunque formados originariamente en el mundo de la tradición exegética, interpretativa, son profesionales de la redacción de disposiciones jurídicas. Debería llevarse la técnica legislativa a toda la problemática de la Ciencia de la Legislación a la educación jurídica básica.

Sin embargo según el autor además de una cuestión cultural, de educación jurídica, hay otra puramente política: el programa de las ciencias de la legislación requiere una voluntad política por razones adicionales a la relacionada con la exigencia de dedicación de recursos humanos y materiales a su desarrollo. Es que, además, las ciencias de la legislación son incompatibles con los usos simbólicos o retóricos de la legislación y también lo son en gran medida con una actividad no coordinada de los redactores de disposiciones jurídicas o con la de éstos y la de quienes han de ejecutarlas o aplicarlas judicialmente.

Concluye Salvador Coderch⁷⁶¹:

⁷⁵⁹ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Ob. cit.*, pp. 44

⁷⁶⁰ Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo. *Ob. cit.*, pp. 44-45

⁷⁶¹ *Ibid.*, pp. 45

“En ese contexto, la técnica legislativa es indudablemente el punto de arranque del programa: la técnica legislativa recoge las herramientas más probadas, las menos polémicas, las más <neutrales> o –si se prefiere- las menos valorativas. La técnica legislativa se define por su metodología y no por la homogeneidad de los instrumentos de que hace uso; es un saber aplicado y de origen multidisciplinar y se aplica a cualquier Ley con independencia de su contenido concreto. Por otro lado, su puesta en práctica tiene un efecto multiplicador: precisa de su consenso político pero, a su vez, lo genera. Cohesiona proyectos colectivos de modernización y progreso con relativa abstracción de las orientaciones o decisiones concretas. Obliga a realizar juntos esfuerzos que trascienden posiciones ideológicas particulares. Permite explicitar los valores básicos en los que se encuentran los protagonistas políticos de una sociedad democrática y posibilita también alcanzar objetivos compartidos muy generalmente. En España la técnica legislativa y el programa de las ciencias de la legislación se ha puesto en marcha discreta, casi privadamente y con algo más de diez años de retraso en relación con los restantes países europeos de nuestra área cultural. Ahora ya no puede continuar como pura decisión individual, sino que debe constituir una organización de esfuerzos, una empresa colectiva. En definitiva, el objeto de una decisión política”.

Sea lo primero indicar que el Tribunal Constitucional se ha declarado incompetente para juzgar la calidad o la perfección técnica de la ley, entendiendo, por tanto, irrelevantes los defectos de técnica legislativa que aprecia, que todo lo más serán considerados en virtud de la conexión del principio de seguridad jurídica con otros preceptos constitucionales.

Se pregunta García-Escudero Márquez⁷⁶²: ¿queda realmente algún caso en que la deficiente técnica legislativa sea considerada relevante en cuanto a la vulneración del principio reconocido en el artículo 9.3?

Para responder la letrada el interrogante, cita la Sentencia que aporta la doctrina más clara al respecto es la STC46/1990, sobre las Leyes canarias 14/1987 y 6 /1989; que en uno de sus apartes expresó:

⁷⁶² Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia un control constitucional de la calidad de las leyes?* Editorial Aranzadi S.A. 2010, pp, 47.

“La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que cerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto de qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo”.

Responde la letrada la pregunta que se formuló, en los siguientes términos⁷⁶³:

“Y, sin embargo, seguimos pensando que la deficiente calidad de las Leyes, que afecta a su claridad, y cada vez mayor complejidad y confusión del ordenamiento, tan denunciada en nuestra doctrina como en otras, vulneran el principio de seguridad jurídica, y que en ocasiones esa vulneración es de tal entidad que debería ser apreciada por el Alto Tribunal, dotándola de efectos en cuanto a la constitucionalidad de la Ley en cuestión”.

Compartimos plenamente las apreciaciones que hace García-Escudero Márquez⁷⁶⁴, acerca de las reglas de técnica legislativa sobre el lenguaje, que son:

“Dos son las notas principales que, según las reglas de técnica normativa, debe reunir el lenguaje de las Leyes: claridad y economía. Las Leyes deben redactarse de manera clara, sencilla, precisa y coherente.

- Clara: de fácil comprensión.
- Sencilla: concisa, sin elementos superfluos.

⁷⁶³ *Ibíd.* pp. 74-75.

⁷⁶⁴ Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia un control constitucional de la calidad de las leyes?* Editorial Aranzadi S.A. 2010, pp. 47.

- Precisa: que no deje lugar a dudas en el lector que ha de cumplirla (ciudadano) o aplicarla (autoridades, funcionarios y jueces).
- Coherente: han de utilizarse los mismos términos para expresar los mismos conceptos y la Ley no debe contener contradicciones”.

Y agrega⁷⁶⁵, que las Leyes necesitan claridad semántica y normativa:

“Cuando hablamos de claridad semántica nos referimos al adecuado uso del lenguaje ordinario. Las normas deben estar redactadas de forma que todos los ciudadanos (que están sujetos al ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 9.1) puedan comprenderlas”.

“Para cumplir con el requisito de la claridad normativa, los textos deben formular de modo inequívoco su valor normativo, es decir, su naturaleza y su rango. El contenido de cada norma debe tener una estructura argumentativa homogénea completa y lógica, así como respetar una estructura formal tipificada, siguiendo un orden lógico”.

Sentados los principios que la jurisprudencia y la doctrina plantean, conviene ahora estudiar el tema desde el punto de vista normativo, esto es, ¿cómo está regulada la técnica legislativa en España desde el punto de vista legal?

La normativa vigente está contenida en la Resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado 13020 de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 180.

Las Directrices de técnica normativa, según expresa el anexo, tienen un objetivo fundamental: “Lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones. Se trata de una herramienta que permite elaborar las disposiciones con una

⁷⁶⁵ *Ibíd. pp.* 75-80.

sistemática homogénea y ayuda a utilizar un lenguaje correcto de modo que puedan ser mejor comprendidas por los ciudadanos”.

Si bien la norma comentada está bien elaborada y regula en detalle el tipo de lenguaje a utilizar⁷⁶⁶, así como sus términos técnicos; es decir responde a unas reglas gramaticales claras, evitando el uso de extranjerismos; también se echa de menos, el análisis de la simplicidad, esto es la limitación a la excesiva proliferación de Leyes, que las Leyes inútiles sean excluidas del Ordenamiento, con la finalidad de que los textos legales no sean complejos para los ciudadanos.

El esquema que trae consigo la Resolución publicada en el Boletín Oficial de Estado 13020 de 28 de julio de 2005, aún cuando está muy bien estructurada⁷⁶⁷, carece de varios

⁷⁶⁶ Cfr. IV. Criterios lingüísticos generales 101. Lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible.—El destinatario de las normas jurídicas es el ciudadano. Por ello deben redactarse en un nivel de lengua culto, pero accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla. Se utilizará un repertorio léxico común, nunca vulgar, y se recurrirá, cuando proceda, al empleo de términos técnicos dotados de significado propio; en ese caso, se añadirán descripciones que los aclaren y se utilizarán en todo el documento con igual sentido.

Se evitará el uso de extranjerismos cuando se disponga de un equivalente en castellano, la utilización de palabras y construcciones lingüísticas inusuales, así como la españolización de términos extranjeros cuando en nuestro idioma tienen otro significado, y es conveniente mantener una terminología unitaria a lo largo del texto. La claridad y sencillez exigen respetar el orden normal de los elementos de la oración, prescindiendo del hipérbaton, y evitar todo aquello que, sin aportar precisiones de contenido, complique o recargue innecesariamente la redacción de la norma: emparejamiento de sinónimos léxicos o sintácticos (una actitud clara y manifiesta; exhibió e hizo ostentación); epítetos triviales (“fiel” en fiel reflejo, “claro” en claro exponente); perfrasis superfluas (ser de aplicación por aplicarse). En esa misma línea, se evitará el uso de formas de pasiva para aquellos casos en que el español tiene en las oraciones activas o en la pasiva con “se” su forma más adecuada de expresión: “Los solicitantes rellenarán las solicitudes con letras mayúsculas”, y no “serán rellenadas las solicitudes con letras mayúsculas por los solicitantes”.

El decoro lingüístico de las normas jurídicas obliga, dentro de la sencillez, a cuidar la propiedad y a huir de la pobreza de expresión. Se incurre en ella cuando, por ejemplo, se echa mano de verbos de sentido muy general: hacer una queja o hacer un expediente, en vez de formular una queja o incoar un expediente; o cuando se abusa de comodines léxicos difundidos: paquete de medidas por conjunto de medidas o, simplemente, medidas.

102. Adecuación a las normas lingüísticas generales de la Real Academia Española.—La redacción de los textos seguirá las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española y su Diccionario. Las dudas que puedan presentarse se resolverán de acuerdo con lo establecido en el Diccionario panhispánico de dudas, que la Academia Española ha consensuado con todas las Academias de América y Filipinas.

La Subsecretaría de la Presidencia, con la colaboración de la Real Academia Española, elaborará unas instrucciones complementarias de tipo práctico que ayuden a aplicar los criterios lingüísticos generales en disposiciones y normas oficiales. Dichas instrucciones formarán parte integrante de estas directrices.

⁷⁶⁷ Cfr. I. Estructura de los anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, de real decreto-ley y de real decreto.

II. Especificidades relativas a la elaboración de determinadas disposiciones que adoptan la forma de real decreto.

III. Especificidades relativas a la elaboración de acuerdos.

aspectos a los que haremos mención al finalizar el presente capítulo, los cuales inciden en la labor legislativa y no pueden dejarse de lado en las normas reguladoras de la técnica legislativa.

9.4. ¿Son compatibles las normas de técnica legislativa vigentes en Colombia y España, con el artículo primero de sus Constituciones?

Las Constituciones de ambos países, poseen un marco normativo previsto en el artículo primero de las mismas, con fundamento en el cual consideramos que la Ley 1147 de 2007 en Colombia y la Resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado 13020 de 28 de julio de 2005 en España, debieran dar paso a unas Leyes que además de contenidos gramaticales y técnicas del lenguaje, se adaptaran a la realidad social de cada país; asunto que debiera ser analizado en todos y cada uno de los casos en los que los jueces decidan acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

El artículo 1 de la Constitución de Colombia, establece:

“Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Por su parte, el artículo 1 de la Constitución española, dice:

“Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

IV. Criterios lingüísticos generales

V. Apéndices.

3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”.

Como se observa, ambos son “Estados Sociales de Derecho”; es decir que prevalece el bienestar social general; por tanto, el producto legislativo debe ser el resultado de estudios hechos con criterios alejados de las propuestas ocasionales y del frenetismo, es decir para la elaboración de la Ley se requiere suma reflexión.

El Derecho se hace efectivo a través de Leyes, esto quiere decir, que la Ley ha acompañado al Derecho desde sus orígenes⁷⁶⁸, por tanto, el Derecho no puede hacerse efectivo si no es a través de Leyes que reflejen la realidad de sus respectivos países, según su población.

Así como no son idénticas las costumbres de un habitante del Caribe colombiano, comparado con un residente en el oriente del país, de igual forma son distintas las tradiciones de las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña. A la población de estos países con diversidad cultural, sociológica, económica y étnica, el Legislador está en el deber de expedir las Leyes que los jueces puedan luego aplicar acertadamente por la trascendencia de las conductas, usos y costumbres que deben regular.

El énfasis entonces es la transformación de la sociedad y ello no se logra si subyace una visión escéptica sobre la capacidad de la Ley a través del Derecho para transformar la sociedad. Los cambios son útiles cuando redundan en el bienestar de la población en general. Esa es la misión del Estado social, a través del Derecho.

Von Savigny⁷⁶⁹, escribió: “La misión general de todo el Derecho puede ser reducida sencillamente al destino moral de la naturaleza humana conforme la misma se expresa de la concepción cristiana de la vida. En efecto, no debemos sólo el cristianismo como regla de la vida, sino que el mismo transformó realmente el mundo, de suerte que por ajenos e inclusive

⁷⁶⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Aranzadi, S.A. 2006, pp. 17.

⁷⁶⁹ Cfr. VON SAVIGNY, Federico Carlos. *Las fuentes jurídicas y la interpretación de la ley*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia. 2005, pp. 43.

hostiles que nuestros pensamientos puedan parecer respecto a él, no obstante los domina y matiza el cristianismo. Este reconocimiento de una meta más lejana no diluye el Derecho dentro de un campo más amplio y le priva de su existencia específica: El Derecho aparece más bien como un elemento muy particular en la serie de los supuestos de aquella misión general y domina dentro de su territorio con plena soberanía, estribando meramente su verdad superior en aquél lazo con la totalidad. El establecimiento de una meta es por completo suficiente; y no es de ningún modo necesario colocar a su lado otra segunda completamente diferente con el nombre de bienestar público: al lado del principio moral otro independiente de economía política”.

La consideración de la Ley, por su carácter general, por estar dirigida a todos los coasociados, requiere para su elaboración un cuidado y una técnica que permita tanto a destinatarios como a operadores jurídicos, entenderla para que en el instante de su aplicación, la persona esté consciente de su obligatoriedad y de la imposibilidad de sustraerse a su obediencia.

Un Estado deja de ser Social de Derecho, cuando su producto normativo no puede ser comprendido por la generalidad de la población. El contenido de la Ley será, pues, característicamente, articular esa coexistencia de derechos o libertades en la sociedad⁷⁷⁰.

Ahora, si el Estado legislador no se preocupa de hacer efectiva la técnica legislativa, hasta el punto de convertirla en una verdadera ciencia de la legislación, jamás se podrá lograr ese Estado de bienestar, el cual parte de que todos los pobladores del país, obedezcamos la Ley que entendemos plenamente, sin importar las consecuencias que ello traiga consigo.

En Colombia, por ejemplo desde 1992 hasta el 13 de agosto de 2012 se han dictado 1574 Leyes, sin contar con las preexistentes antes de que comenzara esa ordenación numérica.

⁷⁷⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Ob. cit., pp. 27.

Esa proliferación legislativa⁷⁷¹, no beneficia a nadie; muy por el contrario se constituye en un obstáculo en el instante de su aplicación, máxime cuando la legislación, no es divulgada y de fácil comprensión para toda la población.

Estas innumerables fallas, no se solucionan con la instauración de un control constitucional a la calidad de la Ley; sería conveniente en la para la elaboración de las Leyes el Legislador adopte los siguientes aspectos:

9.4.1. El aspecto antropológico

Requiere que se estudie el colombiano y el español, su comportamiento, es decir que si se va a expedir una Ley que regule asuntos penales, se analice la persona que delinque y desde ese punto de vista, no se puede generalizar el sistema de rebaja de penas, como ocurre actualmente en Colombia, a quienes confiesen sus delitos, ya que ello permite que delincuentes que son una verdadera amenaza para la sociedad, terminen siendo beneficiados con rebajas de penas, como acontece hoy con las personas que se dedican a actividades de narcotráfico, terrorismo, trata de personas entre otros. Es preocupante en Colombia y España, como cada día se incrementa más el consumo de alucinógenos y la solución no es legalizando las drogas como equivocadamente lo ha planteado el jefe de Estado colombiano.

Es preciso observar, que este aspecto aún cuando es relevante se pasa por alto, en el instante de presentar propuestas de reformas al Código penal. Esto significa que se vulnera el principio de previsibilidad.

En Colombia y España, es muy frecuente la violencia intrafamiliar y se está volviendo habitual que entre los esposos se presenten riñas que terminan con la muerte trágica de uno de ellos. ¿Acaso los legisladores de ambos países, se han preocupado por estudiar sus causas y legislar con soluciones puntuales?

Deben existir unos rasgos que hacen que exista esa violencia doméstica. Este asunto, es

⁷⁷¹ Cfr. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad. *Ob, cit, pp. 201.*

propio de la antropología, que en estos países, no se ha estudiado con la finalidad de expedir Leyes que hagan efectiva la prevención de estos crímenes; poniendo en práctica la técnica legislativa y evitar de esa forma tantos homicidios que se están presentando en el seno de las familias colombianas y españolas, que afectan gravemente a sus integrantes y a la sociedad en general.

9.4.2. El aspecto sociológico

Se deben estudiar los fenómenos sociológicos, el efecto de la norma entre la población, debe mirarse la formación y el funcionamiento de la sociedad colombiana y española.

El Legislador al expedir la Ley debe detenerse a observar la sociedad y desde esa óptica considerar cuidadosamente cuál va a ser el efecto de esa Ley en el seno de la misma. Pasar por alto la sociología en el estudio y aprobación de la Ley, es actuar a espaldas de una realidad, que sólo puede ser conocida cuando se investiga y estudia, consultando quienes pertenecen a una determinada sociedad.

Realmente las responsabilidades del Legislador no solo son susceptibles de ser jurídicas, sino también sociales cuando se plantea la falta de adaptación de una Ley en el entorno social. Si bien es cierto, el Legislador tiene libertad para proponer Leyes, no puede conducir a responsabilizar jurídicamente a esa población del contenido de una Ley, que no ha socializado y que la va a afectar, porque el creador de la misma, debe partir de la consideración de que la sociedad a la cual se dirige esa normativa, deberá estar lo suficientemente preparada para consolidar su aplicación.

No por el simple hecho de expedir una Ley, nos encontramos ante una solución. Hace falta algo más; si partimos del hecho de que la sociedad a la pertenecemos nos interesa, es preciso que la población pueda abordar la Ley para solucionar sus problemas e imaginar soluciones fuera de lo corriente.

Santamaría Pastor⁷⁷², sobre el tema de la aplicación precisó: *“Como ya lo advertimos con anterioridad, el carácter abstracto de las normas dota de muy difícil visibilidad a las ilegalidades en que se pueden incurrir, las cuales solo se revelan en el instante de su aplicación”*.

9.4.3. El aspecto económico

Es obligatorio examinar cuál es el coste de la Ley. El Legislador antes de expedir la norma debe examinar el presupuesto general de la nación y su endeudamiento y buscar que los costes de la Ley no afecten en alto grado las economías de las clases menos favorecidas, que no haya que crear nuevos impuestos para su puesta en marcha, ya que las nuevas tasas impositivas generalmente se trasladan a la población económicamente más pobre.

Colombia, presenta al subempleo como empleo formal y España actualmente pasa por una tasa muy alta de desocupación; temas que afectan enormemente a los profesionales jóvenes y recién egresados, muy bien preparados, que no hallan un empleo conforme a sus expectativas y por si fuera poco, las personas mayores ya no las ocupan las empresas, porque les resulta muy gravoso pagar por la experiencia y prefieren contratar inexpertos, con la finalidad de aliviar las cargas laborales y prestacionales.

Hoy por hoy, el aspecto económico está incidiendo notoriamente en el descontento, que la población está teniendo frente a los gobiernos que se ven en apuros para buscar soluciones, en muchos casos imposibles de controlar.

En Colombia, en la actualidad existe un auge de contrataciones irregulares, mediante las cuales, los trabajadores laboran su jornada normal, pero no les pagan cesantías, vacaciones ni las demás prestaciones a que tienen derecho los demás trabajadores, porque están vinculados a través de contratos de prestación de servicios, todo por deficiencia en el análisis económico de las Leyes y la incapacidad de un Estado de velar por el bienestar social de su población.

⁷⁷² Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Comentario a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Ob, cit, pp. 306.

Todo individuo tiene derecho a la percepción, información y financiación del efecto económico de las Leyes, también tiene expectativa de que la nueva Ley le provoque bienestar.

Pero ese derecho, como cualquiera, conlleva deberes y uno de ellos es pagar los impuestos que hará con satisfacción porque está disfrutando de una vida digna, que el Estado le garantiza.

Disfrutar de una vida digna, adecuada y accesible a toda la población con arreglo al estado de bienestar que la Constitución garantiza, es la consecuencia del manejo económico que el Legislador debe destacar en cada Ley que aprueba. De modo que las acciones u omisiones del Legislador en materia económica, repercuten en el resultado final del objetivo a alcanzar que es el bienestar social general.

Es frecuente en Colombia que no se observan las finanzas públicas, durante la discusión y aprobación de la Ley, de manera que se pasa por alto el impacto económico de la nueva normativa. Ese contexto es preciso entenderlo en el incremento del déficit fiscal y su efecto directo en las economías de los habitantes del país. En definitiva, el autor de la Ley debe siempre consultar los costes económicos de la normativa, teniendo en cuenta la situación fiscal, absteniéndose de actuar apresuradamente, teniendo en cuenta que está escrito: *“Porque, ¿quién de vosotros, deseando edificar una torre, no se sienta primero y calcula el costo, para ver si tiene lo suficiente para terminarla?”*⁷⁷³.

De forma que el abstenerse de verificar los efectos económicos de las Leyes, constituye una omisión legislativa y por supuesto una fuente de responsabilidad patrimonial del Estado legislador y por supuesto esto supone que si bien la función del Legislador es expedir Leyes, también lo es, que el bien común debe asegurarse en todo instante por ser un mandato constitucional y no podrá realizar una eficiente labor legislativa, sin asegurar que cada Ley aprobada tenga los soportes económicos que ella requiera.

En la legislación colombiana se expidió el Acto Legislativo 3 de 2011, llamado de la sostenibilidad fiscal y para ello se modificaron los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución;

⁷⁷³ Cfr. Biblia de Las Américas. Evangelio Según San Lucas, Capítulo 14, Versículo 28, ob, cit, pp, 1421.

sin embargo, el problema real es que Colombia carece de los recursos para sostener un Estado Social de Derecho, que no es nada disitinto a un Estado de bienestar social general. Además, allí no se menciona que a partir de ese momento es decir 1 de julio de 2011, todas las Leyes que expidiera el Congreso deberían contemplar el impacto fiscal, dada la falta de planificación y previsión normativas, que se siguen observando en las Leyes que se expiden.

Por su parte, en España, aplicando el principio de estabilidad presupuestaria, el 27 de septiembre de 2011, se modificó el artículo 135 de la Constitución y establecieron los límites al déficit estructural, puntos que se desarrollarían a través de una Ley Orgánica, no obstante, también guarda silencio sobre la obligatoriedad de que el Legislador en todas Leyes que se expidan, precise el impacto económico de la nueva normativa.

9.4.4. El aspecto político

Es obligatorio para el Legislador antes de expedir una Ley, observar el conjunto de prácticas que tienen los diferentes sectores políticos del país. Por ejemplo, si en Colombia y España la población respeta la autoridad, si las autoridades en sus comportamientos son prudentes en la consecución de un determinado propósito, esas conductas conducirán a la intervención del ciudadano en todas las decisiones políticas de la Nación.

Una muestra de la no intervención del ciudadano en los asuntos políticos, se presenta en Colombia, país en que la participación electoral de los ciudadanos aptos para votar, es del 50%; a veces incluso menor, a raíz de la poca o nula formación en ciencia política de la mayoría del conglomerado social; asunto que al Legislador poco le interesa, porque con los votos que cada partido obtiene en las elecciones, logra el mantenimiento de las élites políticas; todo lo cual contribuye a un desbalance en los partidos políticos, porque una democracia no puede funcionar correctamente sin la presencia de partidos políticos fuertes.

Se observa en Colombia una carencia absoluta de cultura política en la población y este factor es determinante en la participación ciudadana en los certámenes electorales.

La falta de partidos políticos que sirvan de orientación a la población políticamente activa, ha imposibilitado en Colombia que el Legislador expida el Estatuto de la oposición⁷⁷⁴, no obstante su importancia para que se garantice que el candidato perdedor en una elección y el partido que decida hacer oposición al gobierno, dispongan de los derechos y garantías para expresar su disenso.

El candidato presidencial perdedor y su fórmula vicepresidencial debieran tener una curul en el Senado y en la Cámara, respectivamente, para hacer efectiva la oposición en el seno del Congreso como órgano deliberativo de los asuntos políticos, con lo cual no solo puede controlar el programa de gobierno del vencedor, sino que haría que los debates en el Congreso tuviesen mayor relevancia, es decir llevar a la práctica la política en acción.

En Colombia y España, no existe una política pública clara contra la corrupción, una gran mayoría de quienes llegan al poder, buscan por todos los medios la forma de enriquecerse y beneficiarse, sin importar el bienestar social general. Ante esta realidad, los ciudadanos honestos quisieran manifestarse eligiendo personas igualmente transparentes y con hojas de vida limpias, sin embargo, se encuentran con la barrera de que esos ciudadanos ilustres no les

⁷⁷⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. Estatuto de la Oposición. Artículo 112. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación.

Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.

Texto original

Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales.

Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria regulará íntegramente la materia.

interesa en la vida política, por el alto grado de corrupción y desprestigio a que han llegado instituciones como la Presidencia o el Congreso.

En las elecciones, un buen número de ciudadanos deposita el sufragio como medio de protesta, en busca de un cambio, pero no se advierte que tengan la convicción de que su candidato ofrezca lo mejor para su país.

En otros casos, se acude a prácticas clientelistas, que permiten que las élites políticas se mantengan en el poder, por encima del desprestigio, ofreciendo dádivas que se constituyen en la forma más efectiva de obtener el favoritismo de los electores, aprovechando en muchos casos su estado de necesidad y de ignorancia.

Se observa también, que un alto porcentaje de los proyectos de Ley son de origen gubernamental, asunto que permite que el legislativo sea más un instrumento del Gobierno de turno, que un Poder autónomo e independiente; con lo cual se demuestra la mayoría de quienes integran legislativo, ocupan una curul, más por vanagloria personal que por el deseo de servir a su país con la expedición de Leyes útiles para la población.

En Colombia, es frecuente encontrar que los partidos y sus integrantes, carecen de ideología y con periodicidad se observa el cambio de militancia de dirigentes de partidos políticos, comportamiento que en la mayoría de los casos deja desconcertados a sus partidarios.

Esta realidad merece un análisis cuidadoso por parte del Legislador, a través de la técnica legislativa y de la implementación de las ciencias de la legislación, que se vería reflejado en los estatutos de los partidos; asunto que en Colombia sería trascendental, ya que la realidad existente muestra, que varios partidos con distinta denominación tienen la misma ideología, aún cuando ninguno de sus dirigentes lo quiera reconocer; entonces, la relación entre los partidos queda convertida en dos vertientes generales; una centro derecha y otra de centro izquierda y cada una de ellas agrupa un número de partidos, que como se indicó carecen de argumentos que los diferencie, porque la aceptación de que poseen una misma ideología, dejaría a sus dirigentes huérfanos de ideas para proponer a sus futuros electores.

Mientras no exista una concreción conceptual en materia ideológica y se tenga definido el modelo de partidos políticos que Colombia requiere, la incidencia de cambios que marquen el punto de partida de una legislación acorde con la realidad política del país, es prácticamente inexistente. Esto indica, que en el ámbito político necesitamos aprender de democracias más avanzadas, no para actuar con mayor astucia, sino para que los ciudadanos en el instante en que depositan el sufragio estén completamente convencidos que el partido político al que apoyan, está acorde con su ideología.

En todo caso, lo cierto es que la legitimidad que los partidos políticos tengan y su respuesta frente a las crisis, dependerá del grado de cultura política que tengan los ciudadanos. Mientras llega ese momento, los errores del Legislador se cobrarán a través de la presión social de la población colombiana, como acaba de ocurrir con el archivo de la reforma a la justicia, actuación legislativa que confirma que el aspecto político, debería ser tenido en cuenta como un elemento de técnica legislativa en el instante de discusión y aprobación de las Leyes.

9.4.5. El aspecto cultural

Según el Código civil colombiano⁷⁷⁵, “El carácter general de la Ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”. Sin embargo, tales finalidades no se logran si el mismo Estado legislador no establece desde la presentación del proyecto de Ley, luego en la discusión y aprobación, es decir la técnica legislativa en la práctica, métodos modernos de enseñanza, a fin de que la población comprenda que una vez conocida la Ley, quien vulnere se hace merecedor de sanciones, es decir, se trata de que en el instante que se ponga en práctica el Derecho sancionador, es porque el destinatario está plenamente convencido de las consecuencias de la transgresión de la Ley, para él y su familia.

Ahora bien, con el fomento de la cultura del acatamiento de la Ley, el Estado gana, porque habrá disminución de la población carcelaria y se destinará un presupuesto inferior

⁷⁷⁵ Cfr. Código Civil Colombiano. Art. 4o. *DEFINICIÓN DE LEY. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.*

para el castigo a los infractores de la Ley. Así mismo, la sociedad en general también obtendrá beneficios, como son la paz y la armonía de todos los habitantes del país.

Conviene plantearnos el siguiente interrogante:

¿Existe en la actualidad en Colombia y España una política de Estado, para instruir a todas las personas desde el niño hasta el adulto, acerca de la obediencia a la Ley?

Si la respuesta es negativa, urge que se establezcan políticas públicas dirigidas a instruir a toda la población colombiana y española para obedecer la Constitución y las Leyes, con el fin de que esa gran masa de personas que forman estas naciones, sin distingos de conocimientos científicos, literarios, técnicos y artísticos, tengamos la mente especialmente decorada para acatar el Ordenamiento jurídico vigente, sin ningún tipo de vacilación. Para demostrarlo, en la legislación colombiana, se ordena que sea obligatorio el estudio de acción de tutela⁷⁷⁶, (Derecho de amparo en España); sin embargo, lo dispuesto expresamente en la normativa no se está cumpliendo, sin justificación legal que así lo exprese, no obstante ser el mejor instrumento jurídico para la defensa de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

De modo que, en unos casos las personas no ejercen los derechos que las Leyes les otorgan por falta de divulgación y en otros les resulta difícil el sometimiento a las autoridades, como está escrito: “*Sométase toda persona a las autoridades que gobiernan; porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que existen, por Dios son constituidas*”⁷⁷⁷. El no sometimiento a la Ley se presenta fundamentalmente porque al niño no se le enseña el acatamiento a la Ley, como está escrito: “*Instruye al niño en su camino, y aún cuando fuere viejo no se apartará de él*”⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ Cfr. Decreto 2591 de 1991. Artículo 54.-Enseñanza de la tutela. En las instituciones de educación se estudiará la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución. Constitución Política de Colombia. Artículo 41. En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución. .

⁷⁷⁷ Cf. BIBLIA DE LAS AMÉRICAS, Ob, Cit, pp. 1573. Epístola del Apóstol Pablo a los Romanos, Capítulo 13, versículo 1.

⁷⁷⁸ Cf. BIBLIA DEL MINISTRO. Proverbios, Capítulo 22, Versículo 6. Edit. Vida, Miami, Florida, Estados Unidos de América, 1994. pp, 496.

Es evidente entonces, que el grado de cultura en los destinatarios de la Ley, hará que su contenido sea divulgado y entendido con mayor facilidad.

Un hecho de habitual ocurrencia que demuestra esta realidad, lo constituyen en Colombia el incremento de accidentes de tránsito ocasionados por conductores en estado de embriaguez. En una sociedad que tiene ese grado de problemas, se requiere de un Legislador que imparta a través de Leyes más rigurosas, medidas de prevención y sanción a los conductores que transgredan esas mediadas; sin embargo, la respuesta del Congreso fue no incrementar las penas y tampoco se expidió Ley alguna para llamar la atención de toda la población en general que no constituye una virtud, quien toma la conducción de un coche en estado de embriaguez.

Finalmente, el Legislador incurrió en una omisión, ni expidió Leyes con carácter preventivo para que a lo largo y ancho del país y a través de todos los medios de comunicación hablados y escritos, invitaran a todos los conductores a no ingerir bebidas embriagantes, por sus consecuencias para la salud y para la sociedad; ni tampoco incrementaron las sanciones administrativas y penales a los conductores que sean sorprendidos conduciendo en estado de embriaguez; constituyéndose en una señal de permisibilidad estatal muy grave para la vida y la integridad de toda la población.

9.4.6. El aspecto de la realidad del país

¿Las Leyes expedidas poseen un valor práctico?, ¿se están representando en las Leyes las cosas tal como son?

El 26 de junio de 2012 el Estado colombiano y Perú firmaron en Bruselas-Bélgica el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, el cual según lo han hecho saber los gremios afectará a los pequeños productores de leche en Colombia, así como a otros sectores.

Para su entrada en vigor requerirá la ratificación en el Parlamento europeo, así como en los Congresos de Perú y Colombia.

En Colombia, todo apunta a que el Congreso aprobará el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, sin importar los daños que le ocasione al sector agropecuario, formado por campesinos todos ellos propietarios de predios de pequeñas extensiones de tierra, que no forman parte de las élites políticas y aún cuando están agremiados su voz no es escuchada en el Congreso.

Frecuentemente nos encontramos con ámbitos difícilmente evaluables por parte del Legislador y este es uno de ellos; con soluciones tan sencillas como establecer una evaluación de todas las personas que se puedan ver afectadas y crear subsidios o indemnizaciones a quienes resulten perjudicados.

Siempre habrá objeciones a las Leyes; sin embargo, en Colombia, en su mayoría no son tenidas en cuenta por el Legislador, indicando que el Congreso no tiene en cuenta la realidad social de un país como Colombia, que en materia tecnología e industria está muy lejos de competir de igual a igual con economías de países industrializados.

Se observa en el Legislador improvisación normativa, cuyo resultado es la expedición de Leyes arbitrarias, sin que sus autores sean conscientes, que actuar precipitadamente a nadie beneficia.

En este acápite es aplicable el comentario de Santamaría Pastor⁷⁷⁹, que escribió:

“Es sorprendente el desaliño con que la Ley trata todas estas cuestiones, quizá bajo la suposición de considerarlas como asuntos puramente domésticos e irrelevantes; cuando hace ya tiempo que dejaron de ser una y otra cosa”

Por tanto, la inobservancia de los aspectos antes descritos, está conduciendo a que el legislativo dicte Leyes apresuradamente, sin contar con estudios y análisis serios que permitan que en el instante de su aplicación por parte de los funcionarios administrativos y jueces, se guarde el Derecho y haga justicia.

⁷⁷⁹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Comentario a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Ob, cit, pp. 204.

Se expiden Leyes, sin pensar en soluciones estructurales, solo se miran circunstancias coyunturales, comprobando que se promulgan Leyes a espaldas de la realidad colombiana.

Sería de gran utilidad que se adoptara en Colombia y España el control previo de constitucionalidad para todas las Leyes y Decretos con fuerza de Ley, por parte de la Corte Constitucional y el Tribunal Constitucional; con ello evitaríamos los trámites de inconstitucionalidad de las Leyes, así como prevenir sobre los daños que Leyes que hayan sido aprobadas con vicios en su trámite puedan ocasionar, en cuyo caso esa Ley se devolverá al legislativo para que se corrija, incorporando la indemnización a que haya lugar. De esa forma se eliminarían los efectos *ex tunc* o *ex nunc*, que son los que pueden eventualmente tener peso sobre las finanzas públicas.

Siendo conscientes de la necesidad de los tratados de libre comercio, ante los nuevos desafíos en el comercio mundial; lo conveniente sería que al interior del Congreso se discutieran y aprobaran fórmulas para indemnizar a quienes puedan sufrir perjuicios como consecuencia de la llegada al país de productos, probablemente a menor costo que los colombianos, como consecuencia de los subsidios que aquéllos tengan en sus países de origen y que si en las Leyes anteriores aprobatorias de otros tratados de libre comercio no se han tenido en cuenta, es hora de abordarlos, para evitar un empobrecimiento de los medianos y pequeños industriales colombianos.

En este punto es de recibo el análisis de Santamaría Pastor⁷⁸⁰, cuando indicó:

“No obstante, la trascendencia y amplitud de las transformaciones a las que la institución debe acomodarse hacían inevitable una revisión de su régimen jurídico, imposible de abordar mediante simples retoques de la legislación anterior”.

9.5. Reflexiones al presente capítulo

Sea lo primero señalar que en la elaboración de las Leyes, se están pasando por alto, los

⁷⁸⁰ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Comentario a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ob, cit, pp. 50.*

estudios que hablen de los recursos, la organización, así como las humanidades y las ciencias sociales aplicadas.

Las escuelas de Leyes y de ciencia política, requieren con urgencia que los futuros profesionales en su formación básica utilicen la Economía aplicada, la Sociología y la Ciencia Política, teniendo en cuenta criterios humanitarios y culturales; con la finalidad que se haga realidad la ciencia o la doctrina de la legislación.

Requerimos con urgencia un alto acierto del Legislador en las Leyes que apruebe. La Ley no puede seguir teniendo silencios frente al mundo jurídico y político que demanda unos cambios, en atención a que los nuevos proyectos de Ley deben conducir al verdadero conocimiento, con implementación de todos y cada uno de los criterios expuestos, para que se asegure la previsibilidad en que toda interpretación será razonable.

Las normas jurídicas deben tener un rigor para su expedición, que evite su degradación y haga difícil su comprensión y aplicación. Es hora de solucionar los problemas de técnica legislativa en el ámbito de producción normativa.

Entendemos que no es un asunto fácil, pero urge ocuparnos desde ya del tema y crear a través del programa académico de ciencias de la legislación, el interés en la población para hacer efectiva la técnica legislativa y no como hasta ahora, ha acontecido que con excepción de los asuntos del lenguaje y sus reglas, los demás aspectos no son más que propósitos estériles, meramente accidentales, que la técnica legislativa ha dejado de lado y que las Ramas del Poder en Colombia y los Poderes públicos en España, poco o ningún interés han mostrado; porque para llevar a cabo una política pública de técnica legislativa con los criterios antes expuestos, se requiere el concurso de los partidos políticos y sólo ellos podrían responder, si están o no interesados en el asunto de la técnica legislativa, vista como una ciencia y no como un concepto formalista.

En definitiva las fallas en el proceso de elaboración de las Leyes, son las causas perfectamente identificables más próximas en la responsabilidad del Estado legislador.

La carencia de técnica legislativa, supone uno de los aspectos de mayor trascendencia en los daños derivados de la actividad del Legislador, que el Derecho Administrativo no puede dejar de lado, por constituir la única forma para que el articulado de la Ley reciba una evaluación positiva generalizable, que no puede ser otra, -no causar daños a sus destinatarios-.

A partir de estas reflexiones y exposición de estos posicionamientos, consideramos que podría resultar bastante ilustrativo realizar un análisis detallado de la problemática y la solución planteada ante esta aparente complejidad, -carencia práctica de técnica legislativa en la elaboración de las Leyes-, cuya solución parece sencilla. Sin embargo, no hemos observado avances en este sentido.

Es comprensible la dificultad que existe en la redacción normativa; lo confirma la experiencia de Santamaría Pastor⁷⁸¹, cuando expresó: *“en mi vida profesional me he visto obligado a redactar numerosas normas, y tengo plena conciencia de la dificultad de esta tarea”*.

Sirva el anterior argumento para sostener, que se requieren efectivamente en la técnica normativa, los aspectos descritos, sobre todo porque serían de gran utilidad para la efectividad de la Ley.

De hecho, esos aspectos lograrían que el conjunto de los ciudadanos o la agrupación de personas que integran el país, tengan un protagonismo ineludible con participación y control de la actividad legislativa.

Y es en este punto, en el que se ha de insistir, por cuanto ha de plasmarse por el Legislador en todas y cada una de las Leyes que expida; además, debe ser explícito y establecer procedimientos, que de ninguna manera permitan que sea un simple espectador en las respuestas que cada día exige la población, que tienen como meta una mejor calidad de vida para todos.

⁷⁸¹ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Ob, cit*, pp. 37.

Capítulo X

10. ¿Se puede decir que en Colombia existen “*supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador*”, como lo ha afirmado la Corte Constitucional?

La responsabilidad del Estado legislador se ha planteado normalmente cuando se han promulgado Leyes de las que se han derivado perjuicios patrimoniales para un sector de la población que se encontraba en la misma situación (Leyes sobre nacionalización, Leyes implantando monopolios o calificando de dominio público bienes que antes eran patrimoniales)⁷⁸².

Estamos hablando entonces de una función preventiva de la indemnización, la Constitución no guarda silencio sobre ella, es una carga constitucional, porque existe una causal de justificación que excluye la ilicitud del daño. En consecuencia, aquí no estamos hablando propiamente de responsabilidad del Estado legislador: la Constitución está diciendo simplemente que, en estos casos, se debe indemnizar, es decir, nos encontramos frente a dos enunciados de trascendencia; la responsabilidad y la indemnización.

Lo que realmente ocurre es que existe una garantía constitucional, que no es de responsabilidad, sino de indemnización, es decir, se trata de la constitucionalización de garantías patrimoniales, que las Leyes que se ocupen de ellas deben cumplir rigurosamente.

La Corte Constitucional⁷⁸³, ha dicho:

⁷⁸² Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Ob, cit*, pp. 60.

⁷⁸³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1 de febrero de 2006. C. P. Humberto Sierra Porto.

“No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación⁷⁸⁴, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio⁷⁸⁵, o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos⁷⁸⁶”.

⁷⁸⁴ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 58. *Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999, el nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Texto original.

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (parte eliminada)

Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente. (parte eliminada)

⁷⁸⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 336. *Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.*

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

⁷⁸⁶ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 365. *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar*

Sin embargo, el alto tribunal colombiano podría estar equivocado; ya que parte de un supuesto erróneo, dar por sentado que en los eventos en los que la Constitución previene por excepción el despojo de bienes y derechos, se trata de una forma de responsabilidad legislativa.

Precisó la Corte⁷⁸⁷:

“Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”.

El yerro de la Corte se puede observar con claridad cuando realiza un estudio bien estructurado del daño antijurídico⁷⁸⁸ y la misma Corte⁷⁸⁹ de allí deriva la responsabilidad legislativa, asunto que contradice el argumento de los “supuestos”, olvidando que el mismo Legislador puede expedir Leyes que reglamenten el daño antijurídico derivado sus actuaciones y allí sí se podría hablar de supuestos de reparación por parte del legislativo.

La Corte añadió:

“Por lo tanto determinar el régimen particular de la responsabilidad del Estado legislador, o si se prefiere los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República, es una tarea que en todo caso corresponde precisar al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso

previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

⁷⁸⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1 de febrero de 2006. C. P. Humberto Sierra Porto.

⁷⁸⁸ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Ver Ley 678 de 2001.*

⁷⁸⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1 de febrero de 2006. C. P. Humberto Sierra Porto.

administrativa, como juez especializado en la materia. Al respecto resulta particularmente ilustrador observar la evolución de la figura desde la perspectiva del derecho comparado y en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana”.

Existen otros ordenamientos en los que se hace referencia explícita al tema de la responsabilidad del Estado legislador como pasa en España, con el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común.

De allí se deriva la responsabilidad del Legislador, no en los casos concretos que la Constitución ha previsto una indemnización por la privación de un bien o de un derecho, como sucede, con la expropiación (Artículo 33.3)⁷⁹⁰, en los servicios públicos (Artículo 106.2)⁷⁹¹, así como los derivados de error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia (Artículo 121)⁷⁹².

En los casos señalados tanto en la Constitución colombiana, como en la Constitución española, en los que están constitucionalizadas indemnizaciones por ciertas actuaciones del Estado, observamos que en todas esas formas de indemnización se hace referencia a que la Ley señalará con claridad las lesiones sufridas por los ciudadanos, indicándonos que allí no hay referencia específica al Poder Legislativo, lo cual indica que en Colombia en este instante el fundamento indemnizatorio por responsabilidad legislativa lo trae el artículo 90 de la Constitución y en España el artículo 9.3 de la Constitución⁷⁹³; no obstante, el verdadero

⁷⁹⁰ Cfr. Constitución española. Artículo 33. 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

⁷⁹¹ Cfr. Constitución española. Artículo 106. 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos

⁷⁹² Cfr. Constitución española. Artículo 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.

⁷⁹³ Cfr. Constitución española. Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y

fundamento de la responsabilidad del Estado legislador en España, está consagrado en el artículo 139.3, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común.

La idea de que el Estado, en su faceta legislativa, está colocado por encima de la Ley, y, por tanto, únicamente será responsable de los daños que ocasione al legislar cuando la propia Ley lo establezca todavía está latente en los distintos Ordenamientos. Sin embargo, cada día se extiende con mayor fuerza la idea de que tampoco en el ejercicio de la función legislativa el Estado está exento de responder de los daños que pueda originar, muy superiores a los que puede ocasionar al administrar⁷⁹⁴.

En Colombia, no existe una Ley, ni siquiera un artículo referido a la responsabilidad por actos legislativos, como sí ocurre en España. En los casos citados, mediante los cuales la Constitución colombiana previene acerca de indemnizaciones, dependerá que suponga la privación de esos derechos e intereses, en los términos previstos y la Ley será la que establezca la procedencia de la indemnización

Consideramos que en el caso de las indemnizaciones previstas en los artículos 58, 336 y 365 de la Constitución colombiana, se debió haber dejado previsto el justo precio, porque esa contraprestación económica ha de suponer un proporcional equilibrio, esto es que el valor de los bienes o derechos de los cuales ha sido privado el particular deberá corresponder al valor real de ellos, que no se estableció, pero debiera dejarse consagrado expresamente ese correspondiente equilibrio entre el valor del bien del cual ha sido privado el particular y la cuantía de la indemnización.

Si el Legislador colombiano expide una Ley que determine una indemnización en esos tres casos previstos en la Constitución y rompe ese proporcional equilibrio entre los

efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁷⁹⁴ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob. cit.*, pp. 59.

ciudadanos, se puede derivar una falla del Estado legislador al no contemplar el producto legislativo una justa indemnización.

En estos casos, el particular queda a merced del Legislador ordinario para que establezca, según su leal saber y entender la indemnización y los criterios de valoración, por tanto, se deberán determinar los bienes y derechos evaluables económicamente e individualizados y que su correlativa indemnización corresponda justamente a lo que a cada individuo merezca.

En el Derecho español, al tenor de las normas transcritas, los perjudicados no tendrán derecho a indemnización si la Ley no lo establece. Por lo que, en definitiva, ¿qué se entiende por <naturaleza expropiatoria>? dependerá, que prácticamente no exista esta categoría de actos legislativos que determinen un daño efectivo. Si la norma legal contempla la posibilidad indemnizatoria habrá que estar a lo que ella ha dispuesto, procediendo a la indemnización siempre que concurren las circunstancias en ella previstas⁷⁹⁵.

Lo anterior no indica que si la Ley no contiene norma alguna sobre indemnización, ésta sea improcedente, sino, que ese acto legislativo no lo aconseja, será entonces el juez quien con arreglo a los criterios generales procederá a ordenar la indemnización, porque sencillamente se demostró que existió un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones concomitantes con la legislación aplicable.

La regulación prevista en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 exige que la previsión de la indemnización y de su contenido parta de la propia Ley que origina el daño, es decir que en el Derecho español, sí pueden distinguirse supuestos de previsión expresa del Legislador acerca de la indemnización, así como habrá también supuestos de silencio, en los que la Ley no dice nada, eventos en los que será el juez quien determine si ese acto legislativo ha causado una lesión.

⁷⁹⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Ob. cit.*, pp 91. Citando la Sentencia de 22 de febrero de 2000. Ar. 2329. Ponente: Xiol.

El planteamiento español nos confirma que cuando la Corte Constitucional colombiana habla de supuestos, refiriéndose específicamente a la expropiación, a los monopolios y a los servicios públicos, fundamentándose en el hecho que la misma Constitución prevé unas indemnizaciones, no son supuestos en los que el Legislador se haya pronunciado, porque no estamos hablando de leyes que ordenen una indemnización; estamos analizando unos fundamentos constitucionales que advierten sobre indemnizaciones.

Lo que en realidad quiere decir la Constitución colombiana es que, en esos precisos casos (expropiación, monopolios rentísticos y servicios públicos), el Legislador fija las pautas, pero no es con apoyo en la Ley que se consolida en el contenido indemnizatorio.

Teniendo en cuenta los diferentes factores que han de valorarse en la formación del juicio que el juez ha de tener para adoptar la correspondiente decisión, si el particular estima que el acto legislativo de contenido indemnizatorio es contrario a las garantías que la misma Constitución colombiana establece, allí simplemente se superpone a esos supuestos la vulneración material de un derecho a través de una Ley, entonces ante esta última hipótesis, se deriva la responsabilidad del Estado legislador, porque la dimensión del daño, observada transversalmente va mas allá del reconocimiento constitucional de indemnización y con ello esa transversalidad resulta fundamental para derivar de allí una responsabilidad del Legislador; en consecuencia la misma Constitución contempla ese fundamento indemnizatorio, -el daño antijurídico-⁷⁹⁶.

La cuestión de hasta qué punto la expropiación, los monopolios rentísticos y los monopolios, son verdaderos supuestos indemnizatorios, comprende una visión mucho más utilitaria y estratégica, que genera una expectativa por parte de los ciudadanos y se concibe como un supuesto indemnizatorio no del Legislador, sino del Constituyente, por ser éste último el que incorporó la figura al Ordenamiento constitucional colombiano.

⁷⁹⁶ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Ver Ley 678 de 2001.

Así que, lo que reviste especial interés en esta materia, es el justiprecio del bien o derecho del que se priva al particular; por tanto, en las Leyes que ordenan tales indemnizaciones deben quedar compensados todos los daños y perjuicios, bienes y derechos, por cuanto la Ley no tiene una justificación distinta, de modo que, excluido el justo precio, hablamos entonces de una responsabilidad del Constituyente y no del Estado legislador; dada la naturaleza del acontecimiento que provoca este resultado; es decir, la indemnización.

La fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de una Ley de expropiación, monopolios rentísticos y servicios públicos en Colombia. Los criterios que deban adoptarse deben estar legalmente reglados, de modo que no exista desviación de poder; de allí la necesidad de motivación de las Leyes que priven a los particulares del uso y goce de derechos subjetivos o de intereses legítimos, para evitar que con esa Ley que impone una decisión del Estado se afecten esos derechos, para lo cual se requiere absoluta transparencia en los procesos, con fundamento en la no discriminación y trato igual a todos los afectados.

La determinación del justo precio sobre bases fiscales ha de partir de la premisa de que la riqueza imponible fiscalmente establecida, suponga una valoración no sólo objetiva y bien ponderada del bien o derecho de que se trate, sino además, rigurosamente al día desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda.

Y se comprende que esto no es siempre posible por la forzosa complejidad de las operaciones evaluatorias, que no se pueden llevar a cabo en plazos tan moderados que se sustraigan a oscilaciones de no escasa significación económica⁷⁹⁷.

Desde el instante en que, se empieza a discutir el tema de expropiación, monopolios rentísticos o servicios públicos, debe abordarse el tema económico, el cual debe ser discutido sobre la base de un estudio de mercado.

Como es natural, los criterios para determinar el coste de la indemnización, no pueden estar inspirados en el propio interés de las partes, esto es del Estado y del particular. El coste

⁷⁹⁷ Cfr. *Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa. Justificación de la reforma y nuevo ámbito legal de la expropiación. BOE número 351 de 17/12/1954, páginas 8261 a 8278 (18 págs.)*

en realidad lo da el mercado, en el cual juegan un papel preponderante la oferta y la demanda, del bien, derecho o servicio, de cuya privación se debe ocupar el contenido de la indemnización.

Lo que verdaderamente constituye un juicio de valor es realmente, superar los altos índices de especulación que se presentan justamente cuando las personas tienen conocimiento que el Estado está interesado en la adquisición de determinado bien o la privación de un derecho, porque ese interés va acompañado en la práctica de abusos, donde los diferentes agentes implicados se apartan de la neutralidad e incrementan los precios deliberadamente para obtener mayores márgenes de ganancia.

Es de común ocurrencia el hecho de que las gentes quieran obtener la mayor cantidad de recursos, irrespetando la neutralidad. Se constituye entonces, en un referente sustantivo que aporta en este tema un ingrediente que normativamente debe estar claramente previsto. Esta necesidad se comprende en un somero análisis del sentido de las indemnizaciones, a sabiendas que el destinatario de la normativa tiene su mirada puesta en el monto de la indemnización, sin que nada distinto le preocupe.

En los casos de expropiación, monopolios rentísticos y servicios públicos, debemos estar atentos, ya que se van a tener que distinguir a estos efectos, entre inmuebles urbanos y rurales, ya que los monopolios y los servicios públicos, no solo los integra el servicio que prestan, sino las propiedades que poseen, justamente para poder prestar ese servicio o ejercer la actividad de la que el Estado desea privar al particular, donde resultaría muy útil el ejemplo tomado de la Ley 16/1954 en España: objetivar las tasaciones en forma que sean el resultado de la aplicación de criterios generalizados⁷⁹⁸.

La convergencia de dos intereses contrapuestos; por una parte, el del Estado que desea adquirir el bien o servicio, y, por la otra; el particular que busca el mejor pago, determina que los criterios que se expongan en la Ley sean suficientemente claros y que no quede duda de la imparcialidad y transparencia, con la que se lleva a cabo todo el procedimiento.

⁷⁹⁸ Cfr. Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa. Justificación de la reforma y nuevo ámbito legal de la expropiación. BOE número 351 de 17/12/1954, páginas 8261 a 8278 (18 págs.)

Acercarse a esa realidad y velar en todo momento porque el precio sea equitativo para ambas partes, es el elemento que debe tener más puntos de conexión y el que debe primar en toda Ley que concrete estos supuestos indemnizatorios fijados por el Constituyente.

10.1. Necesidad de la expedición de una Ley que reglamente las tres formas de indemnización que la Constitución colombiana prevé

Ha de decirse, que la delimitación del régimen jurídico de la expropiación, los monopolios rentísticos y los servicios públicos en Colombia, se establece normativamente en el esquema constitucional de privación con indemnización, que permite a los ciudadanos conocer las bases estatales, en el instante que uno o varios ciudadanos tengan que ser despojados de bienes y derechos, para dar paso a los intereses generales. Sin embargo, respecto al procedimiento que ha de adelantarse, para evitar la declaración de una responsabilidad del Estado, debería dar lugar a la expedición y aplicación de un régimen jurídico propio, en cumplimiento del mandato que la Constitución le entregó al legislador, consistente en hacer las leyes⁷⁹⁹.

Los ciudadanos deberán disponer de unas garantías mínimas que les permitan conocer a plenitud los resultados de la actividad legislativa en estos asuntos. Las Leyes que expida el Legislador, no pueden pertenecer a lo reservado del Estado, deben formar parte del derecho sustancial⁸⁰⁰. A este avanzado concepto de Ley, que es de aplicación a todas las personas que eventualmente sean sujeto pasivo de la privación de un derecho, bien o servicio, debemos llegar en el Derecho colombiano en el que la Ley que se expida debe ser rigurosamente respetuosa del marco constitucional que se ocupe del tema.

El marco jurídico que proponemos, tiene como objeto explícito, sobre todo, la unificación de las tres formas de indemnización que consagra la Constitución, con el fin de garantizar que

⁷⁹⁹ Cfr. Constitución Política de Colombia. “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes...”.

⁸⁰⁰ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

desde el concepto de la indemnización previa, se pueda proceder por parte del Estado a buscar la satisfacción de un interés legítimo, consistente en el goce de ese bien, servicio o derecho, por parte del Estado y como contraprestación que ese ciudadano quede satisfecho con el monto de dinero reconocido como indemnización.

En general, el resultado final nos muestra, al menos en la normativa prevista en la Constitución, que dentro de los fines esenciales del Estado⁸⁰¹, la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, constituye su núcleo esencial. En consecuencia, corresponde al Estado legislador la expedición de normas que garanticen que en el evento de que exista la privación de un bien, con indemnización previa, ésta corresponderá a una política pública justa y equilibrada, que exige reflexión, para que la transición no sea difícil. La dificultad está en que una de las partes esté insegura de aceptar el compromiso que, a su vez, mantenga esa tranquilidad que sólo resulta de una negociación bien hecha.

La esencia del modelo indemnizatorio, que se configura como un deber recíproco entre el Estado y el ciudadano, de apoyo y mutua lealtad, alejado de toda imposición, apoyado en preceptos concretos, debe acordarse, conformarse o concertarse, para que la indemnización sea efectiva y por ningún motivo se defrauden las expectativas y la confianza legítima que las personas depositan en la Constitución.

Sería de gran utilidad que el Estado legislador en Colombia, determinara el impacto económico, identificando los instrumentos y herramientas para que los efectos del tratamiento jurídico a quienes deban ser privados de bienes o servicios y se otorguen a las tres catalogaciones distintas protecciones según el valor real de los bienes que se le ha privado.

⁸⁰¹ Cfr. Constitución Política de Colombia. Artículo 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

Se trata, por tanto, de atribuir a cada tipo de indemnización un tratamiento jurídico, en atención a que los destinatarios de esas normativas tienen derecho a disfrutar de un modelo indemnizatorio que no les deje dudas de la transparencia con la que Estado actúa; porque ello presupone un juicio que el conjunto de la población debe tener claro y con mayor razón quienes son los candidatos más próximos a ser privados de bienes, servicios o derechos.

10.2. ¿Da respuesta la Constitución a los problemas actuales de Colombia, en materia de expropiación, monopolios rentísticos y servicios públicos?

Las normas vigentes actualmente, no dan respuesta a la problemática actual de Colombia y tampoco se ha expedido por parte del Legislador una normativa que se refiera a las indemnizaciones derivadas de todas las lesiones que los particulares puedan llegar a soportar en sus bienes y derechos.

Actualmente, la capital de Colombia requiere la compra de terrenos para la ampliación de vías y la construcción de un sistema de transporte masivo que dé solución a la congestión que actualmente posee el sistema de transporte. Para poner en práctica esas medidas, se requiere acudir a la expropiación de inmuebles que faciliten la ejecución de las obras, en todo lo cual el tema de la expropiación necesita no sólo celeridad, sino de un determinado límite en el tiempo, para que pueda hacerse efectiva en un plazo preciso la iniciación de las obras, con un avalúo de los inmuebles que sea equitativo, justo y actual.

La inactividad del Congreso colombiano en estas materias es notoria. La Ley en asuntos de expropiaciones, monopolios rentísticos y servicios públicos, debe fijar las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación se requiere a fin de establecer procedimientos específicos que deberán respetar, en todo caso estas garantías.

Se demanda una armonización entre la norma sustantiva y la de procedimiento, en lo que se refiere a expropiaciones, monopolios rentísticos y servicios públicos y de esa forma con la mayor precisión, fijar a través de una Ley las reglas indemnizatorias para estos casos.

El Legislador, debería estudiar en este caso concreto, la forma de valoración que deben realizar las autoridades que han de decidir, así como las diferentes instancias a las que los destinatarios de las normas acudirían, aspectos que resultan definitivos, para que esa protección a la vida, honra y bienes de las personas, que estos precisos eventos indemnizatorios gozarían de una regulación, única y rápida y con ello poder lograr que los destinatarios de esas normas tengan una confianza y esperanza legítimas en que las normas vigentes les respetarán con justicia todos sus derechos.

Significa lo anterior, que las decisiones que finalmente se adopten no pueden ser arbitrarias, porque en ellas se han analizado todos sus componentes, de modo que la normativa corresponda a la realidad.

Por este motivo no resulta en modo alguno suficiente la consagración que la Constitución contempla sobre expropiaciones, monopolios rentísticos y servicios públicos, se requiere que se ponga en vigor una normativa que contemple la objetividad en todo el proceso; no solo por su valoración económica, sino que los plazos sean precisos, a fin de impedir los sobrecostos que benefician los derechos subjetivos, pero son contraproducentes para el interés general, el cual debe prevalecer.

Para demostrar los argumentos planteados tenemos en Bogotá (Colombia) una vía denominada Avenida Longitudinal de Occidente (ALO), que se trazó hace 50 años y solo se han comprado 403 predios de 1109 que se necesitan. Es decir falta adquirir el 64% y hasta ahora se han invertido \$400 mil millones y según un informe de la Personería de Bogotá⁸⁰², “por predios e invasiones la ALO no se podrá hacer”.

Relató el comunicado que aún faltan 706 predios por comprar y que desde el 2007 no se compra un terreno. Además, precisó el informe, que desde hace cuatro años se dejaron de vigilar los terrenos del trazado, por lo que varios de estos fueron invadidos y destacó el informe: “En todo el proyecto de la ALO lo que ha primado es la indolencia y falta de responsabilidad de los servidores públicos”.

⁸⁰² Cfr. *El Tiempo*. www.eltiempo.com, 25 de abril de 2012, pp, 15.

Con el ejemplo citado, demostramos que se requiere una legislación que regule propiamente el tema, por cuanto en casos como el que se ha descrito, queda demostrado que no resulta en modo alguno suficiente la respuesta que la Constitución de Colombia tiene prevista para la expropiación, los monopolios rentísticos y los servicios públicos, sino que se requiere la intervención decidida del Estado legislador para que los recursos públicos no se pierdan como está ocurriendo en la actualidad; urge, la entrada en vigor de Leyes severas que agilicen estos trámites.

La Constitución colombiana, al incorporar el derecho a indemnización en los casos citados, ha colocado la indemnización por encima de las Leyes y ha quitado, consiguientemente, al Congreso la posibilidad de suprimir la protección a la propiedad⁸⁰³. Por tanto, las normas presuponen celeridad en la actividad del Legislador y conexiones necesarias entre los fines y los actos que sirven como medios para alcanzarlos⁸⁰⁴.

Por lo general, esos medios se hallan formulados condicionalmente en las Leyes que se expidan y en su antecedente que es la necesidad del Estado de ocupar esos bienes, derechos o servicios, para beneficiar el interés social general.

El asunto objeto de análisis, da cuenta que, la efectividad de esas indemnizaciones que la Constitución prevé, radica fundamentalmente en quien tiene la función de hacer la Ley, esto es el Legislador.

Este planteamiento es útil para verificar si esas funciones que debe cumplir el Legislador colombiano se han dificultado y no sirven de soporte de las relaciones sociales y económicas de nuestra época, y en consecuencia la Ley no está teniendo una incidencia sustantiva en el procedimiento, por falta de reconocimiento de la validez de las normas constitucionales.

⁸⁰³ Cfr. LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Editorial Astrea. Segunda edición, Buenos Aires, 2002, p 98.

⁸⁰⁴ Cfr. MENDONCA, Daniel. *Introducción al análisis normativo*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1992, pp. 27.

En consecuencia al sistema normativo correspondería evitar la burocratización del Estado, supuestamente garantista y que no se constituya en un obstáculo inamovible para que la Constitución de cumpla.

El Legislador tiene que abrirse decididamente a la tecnificación y modernización de la actividad legislativa en su vertiente de producción normativa y en estas materias, además de proactivo, deberá ser competente.

10.2.1. ¿A qué respuesta debe apuntar el Legislador?

Debe existir por parte del Legislador una lealtad y colaboración para que todas y cada una de las disposiciones constitucionales que requieren para su aplicación la expedición de Leyes, encuentren respuesta en el legislativo, es decir, el Legislador debe adaptar la Ley al modelo de organización del Estado implantado por la Constitución de 1991, integralmente. En esta consideración, es claro que no puede quedarse ni un solo artículo de la Constitución de los que requieren ser reglamentados, sin que cumpla con ese trámite legislativo.

La coexistencia de estos regímenes indemnizatorios debe proyectar al Estado legislador para que en su actividad cumpla sin menoscabo sus competencias, conjugando las distintas ideologías y vertientes políticas que tienen asiento en el Congreso, que lograrán ser susceptibles de concreción en la expedición de Leyes, que beneficien a sus destinatarios.

La Ley en Colombia, tiene que recoger aspectos, que ya hayan demostrado su eficacia en la práctica, e introducirlos como novedad, sin menoscabo de los preceptos constitucionales, a fin de que en los casos de expropiación, monopolios rentísticos y servicios públicos, exista la conformidad expresa de todas las partes intervinientes.

El marco normativo previsto en la Constitución, tiene inconvenientes, aún a pesar del cambio constitucional; los vicios en el proceso de aprobación de la Ley continúan, y no se puede pasar inadvertido, el sentimiento popular de inconformismo, con un Legislador que se abstiene sin motivo de acoger con objetividad los mandatos constitucionales, evitando la

colisión de intereses y que busque en todo instante la protección del bien común y garantice su neutralidad, cuando se discutan aspectos que cobren interés para determinados sectores de la sociedad, para que en los casos en los que los particulares estén en la obligación de ceder sus intereses en beneficio de los intereses generales, no existan colisiones, sino por el contrario la disposición plena de todos a acatar los mandatos previstos en la Ley.

Desde 1991, cuando se llevó a cabo la reforma constitucional en Colombia hasta agosto del año 2012, el Legislador colombiano ha incurrido en una omisión reiterada, consistente en abstenerse de utilizar las herramientas que la Constitución le asigna, para ejercer sus competencias y buscar una mejor calidad de vida de todos los Colombianos, es decir que, lleva décadas titubeando únicamente sobre sus propios intereses.

Existen previsiones constitucionales muy sectorizadas en las que se expresa la necesidad de su reglamentación; sin embargo, el Legislador ha guardado silencio, situación que demuestra la inexistencia de evolución legislativa que marque el nacimiento de Leyes útiles para toda la población.

En la sociedad colombiana coexisten situaciones de atraso en muchos órdenes. Operan pues en Colombia las mismas causas sociales que están actuando sobre el Estado desde el siglo pasado; problemas viejos como la pobreza, los grupos armados ilegales, la corrupción y el narcotráfico, por un largo periodo de tiempo, han visto la articulación de grupos para la obtención del poder, sin que las instituciones legítimamente constituidas hayan podido dar solución a la problemática estructural que vive el país.

Hay quienes consideran, entre ellos el propio Gobierno, que las soluciones a éstos asuntos vendrán de la puesta en marcha de los Tratados de Libre Comercio, fundamentados en el nuevo orden mundial, a partir del cual todas las sociedades y naciones deberán estar interrelacionadas a través de acuerdos, para obtener el progreso recíproco.

Siguiendo ese derrotero, Colombia adelantó conversaciones para celebrar un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el cual se propuso diseñar una relación jurídica entre

desiguales, que traería consecuentemente unos derechos muy marcados a favor de los Estados Unidos, como nación industrializada y en contra de Colombia como país en vía de desarrollo. Por tanto, hubo inevitablemente un desequilibrio con un sello muy marcado como pasamos a analizarlo, lo cual literalmente implica una vulneración de la Constitución Política, con el agravante que quien pudo oponerse a ese acuerdo, se abstuvo de hacerlo, no obstante existir motivos suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la Ley aprobatoria del tratado, lo cual no sucedió.

El Ministerio de Comercio Industria y Turismo a través de su página de internet, dijo:

“El proceso de incorporación a la legislación interna colombiana su surtió mediante la aprobación de la Ley 1143 2007 por el Congreso colombiano, y se complementó mediante Sentencia C-750/08 de la Corte Constitucional mediante la cual el Acuerdo y la citada ley se encontraron acordes al ordenamiento constitucional del país. Con igual suerte corrió el “Protocolo Modificador” del Acuerdo, firmado en Washington el 28 de junio de 2007, y aprobado mediante Ley 1166 de 2007, cuya exequibilidad fue declarada en Sentencia C-751/08.

El 12 de octubre de 2011 el Congreso de los Estados Unidos aprobó el Acuerdo, hecho que fue seguido por la sanción de la ley aprobatoria por parte del presidente el 21 de octubre de 2011. Así se dio inicio a la etapa de implementación normativa del Acuerdo en Colombia, el cual tiene por objeto verificar que se lleven a cabo los ajustes tendientes a garantizar que el Acuerdo es compatible con nuestro ordenamiento jurídico. Agotada ésta etapa, se hace el canje de notas entre los dos gobiernos y a partir de entonces se cuentan 60 días para que el Tratado entre en vigencia”.

Así las cosas, nos corresponde entrar a analizar ¿qué dijo la Corte sobre la exequibilidad de la Ley 1143 de 2007, y sus aspectos polémicos?:

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008, resolvió:

“Primero. Declarar EXEQUIBLE la Ley 1143 de 4 de julio de 2007, “Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006”, así como sus anexos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente”.

En el plano jurisprudencial, la actuación de la Corte se alejó de proteger la Constitución, por darle a su Sentencia otro alcance y pasó por alto los principios y directrices que la Constitución de Colombia consagra.

10.3.1. Temas polémicos de la Ley 1143 de 2007

Según la Constitución⁸⁰⁵, el Procurador General de la Nación debe rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad. En el control de constitucionalidad de la Ley 1143 de 2007, advirtió el Ministerio Público⁸⁰⁶ sobre los riesgos para Colombia de firmar el acuerdo y señaló sobre la oposición del capítulo 10 del tratado a la Constitución:

⁸⁰⁵ Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

⁸⁰⁶ Cfr. Concepto del Procurador General acerca del capítulo 10 del acuerdo: “Haber establecido que sólo se le apliquen a Colombia las obligaciones contempladas en el Anexo 10-E, derivadas de la imposición que efectúe nuestro país de medidas que restringen los pagos o transferencias al extranjero, o entrada de capitales, dichos compromisos en sí mismos son contrarios a la igualdad y equidad en las relaciones internacionales. Ello, porque la redacción permite interpretar que Estados Unidos queda exonerado de cualquier responsabilidad respecto a las medidas restrictivas de entrada de capitales a dicho país o de los pagos o transferencias al exterior desde ese territorio en relación con las inversiones de los inversionistas colombianos. No se puede perder de vista en relación con las inversiones en moneda extranjera la asimetría de Colombia frente a los Estados Unidos es insuperable en las condiciones actuales del Estado colombiano que tienden a mantenerse en el contexto del Acuerdo. También, puede verse comprometidos los intereses generales en materia de abastecimiento de recursos naturales y de alimentos.

Ello, por cuanto también se pactó la posibilidad de las transferencias de ganancias en especie (art. 10.8, numeral 3), sin haberse instituido la posibilidad de imponerle límites, ni siquiera por interés general. Lo señalado es patente en lo que corresponde a los recursos naturales que es tal vez la mayor ventaja comparativa por la cual es atractivo el Estado colombiano en el comercio internacional (petróleo, minerales radioactivos, agua, etc.). Situación que también puede presentarse sobre la producción de alimentos. Lo anterior, no se morigeró con lo previsto en el literal j), artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT de 1994, dado que sólo aplica a los Capítulos Dos a Siete del Acuerdo, *mutatis mutandis* (art. 22.1, párrafo 1) y el de las transferencias de las ganancias en especie es un asunto del Capítulo Diez.

También compromete la seguridad jurídica del Estado colombiano lo relacionado con el trato que debe darle cada Parte a las inversiones cubiertas que se rige por el derecho internacional consuetudinario (art. 10.5. Ver también Anexo 10-A). Se trata de cláusulas ambiguas y abiertas que van en contra de la seguridad jurídica

“Se trata de cláusulas ambiguas y abiertas que van en contra de la seguridad jurídica porque pueden conducir a la aplicación de medidas y la adopción de soluciones a los conflictos provenientes de las inversiones de los Estados Unidos en Colombia contrarias al orden constitucional colombiano...”

La Corte pasó por alto las advertencias de la Procuraduría y luego en un salvamento de voto del Magistrado Araujo Rentería⁸⁰⁷, precisó, sobre el capítulo 10 del tratado:

porque pueden conducir a la aplicación de medidas y la adopción de soluciones a los conflictos provenientes de las inversiones de los Estados Unidos en Colombia contrarias al orden constitucional colombiano. A nivel de la costumbre internacional la situación es cambiante y está conducida por los intereses de quienes impulsan el comercio y las inversiones. En este campo, la asimetría real de Colombia frente a los Estados Unidos es muy grande. El trato de las inversiones requiere de mayor claridad en cuanto al derecho aplicable”.

⁸⁰⁷ Cfr. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-750 de 2008, sobre el capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos: 3.8 Capítulo Diez. Inversión.

Las materias contenidas en las tres secciones que conforman este capítulo, conciernen principalmente al ámbito de aplicación y cobertura, trato nacional y de la nación más favorecida, expropiación e indemnización, transferencias, requisitos de desempeño, inversión y medio ambiente, solución de controversias entre inversionista y un Estado y definiciones. Este capítulo comprende siete anexos (10 A, B, C, D, E, F y G) relacionados entre otros, con el derecho internacional consuetudinario, la expropiación, sometimiento al arbitraje y disposiciones especiales de solución de controversias. En relación con este capítulo, el suscrito magistrado advierte varias dificultades.

3.8.1 En primer lugar, considero que las disposiciones de este capítulo constituyen un tratado de protección a la inversión extranjera, que permite invertir en el país para después sacar de éste las ganancias, sin ningún beneficio para una nación subdesarrollada como la nuestra que necesita divisas. Así mismo, de acuerdo con las estipulaciones de este capítulo, la política cambiaria queda sujeta a este Tratado y, por tanto, el manejo monetario interno autónomo se pierde, lo cual constituye una grave afectación al marco constitucional interno. De otra parte, al analizar las cláusulas de inversión se advierte que los inversionistas podrán hacer lo que quieran y después se llevarán el dinero al exterior, que es uno de los problemas de no exigir requisitos de desempeño.

En este orden de ideas, considero que las garantías serán únicamente para los inversionistas extranjeros, que son los que definen las expectativas de ganancia, lo que genera un problema de igualdad frente a los inversionistas nacionales.

A este respecto, me permito remitirme a lo sostenido por Karl Marx, en El Capital, pensador que acertadamente afirma que el capital lleva al patíbulo al que sea con tal obtener las ganancias buscadas y que no se puede afirmar que el capitalismo admita algún límite en la búsqueda y consecución de utilidades, aunque ello sea a costa de cualquier cosa, incluso de los pretendidos y cacareados derechos del estado liberal, que por tal razón Marx no les concedía más realidad que un uso ideológico de la clase dominante o hegemónica en el poder.

Para el suscrito magistrado es necesario advertir que si lo anterior se acepta como un derecho de los inversionistas extranjeros, esto es, la fijación de las expectativas de ganancias por parte de los inversionistas y empresarios extranjeros y la búsqueda de las mismas sin controles, después se considerará como una expropiación el hecho de que no se cumplan dichas expectativas de ganancias, lo cual les terminará dando derechos inclusive para reclamar indemnizaciones.

Lo anterior tiene consecuencias y una afectación directa de los derechos fundamentales de los colombianos, para ejemplificar lo cual me permito citar el caso de los medicamentos en Colombia, ya que en ninguna parte del mundo los medicamentos genéricos son más costosos que en Colombia, y ya lo ha dicho AFIDRO: quien después de la entrada en vigencia de este Acuerdo de Promoción Comercial establezca un límite a los precios de los medicamentos estaría violando el TLC, lo cual generaría una indemnización...

...Por consiguiente, a mi juicio, estas disposiciones atentan contra los artículos 65, 333 y 334 de la Carta Política y cualquier medida de intervención del Estado es un acto legítimo que no puede dar lugar a una indemnización. Me permito mencionar que a otros países como a Canadá ya lo han condenado por adoptar estas medidas, y Australia no se dejó imponer una tal cláusula. De otra parte, considero que el Congreso puede

“Las materias contenidas en las tres secciones que conforman este capítulo, conciernen principalmente al ámbito de aplicación y cobertura, trato nacional y de la nación más favorecida, expropiación e indemnización, transferencias, requisitos de desempeño, inversión y medio ambiente, solución de controversias entre inversionista y un Estado y definiciones”.

Y añadió:

“Así mismo, de acuerdo con las estipulaciones de este capítulo, la política cambiaria queda sujeta a este Tratado y, por tanto, el manejo monetario interno autónomo se pierde, lo cual constituye una grave afectación al marco constitucional interno”.

“Finalmente, me permito insistir nuevamente en un punto que considero nodal en este Acuerdo, esto es, en la vulneración de la soberanía nacional, la cual se expresa a través de la soberanía judicial, por cuanto se consagraron como regla general mecanismos excepcionales y alternativos de resolución de conflictos, especialmente el arbitraje, contrariando la regla general de administración de justicia por parte de los jueces de la República”.

Más adelante, con relación al capítulo 13 del acuerdo la Procuraduría, dijo:

“...se aprecian situaciones contrarias al orden constitucional. En Colombia no proceden los monopolios de hecho no siendo viable establecer, designar o autorizar un monopolio de hecho (art. 13.8, párrafo 2, subpárrafo b; y 13.11), para evitar expropiaciones contrarias a la vigencia de un orden justo o comportamientos contrarios a la libre competencia. La definición de monopolio gubernamental del Acuerdo, que los supedita al gobierno central, puede comprometer la autonomía de los entes territoriales en lo concerniente a su derecho de propiedad...”

subordinar a condiciones especiales los derechos de los extranjeros por razones de orden público, tal y como lo prevé la Constitución Nacional en el artículo 100 Superior.

Finalmente, me permito insistir nuevamente en un punto que considero nodal en este Acuerdo, esto es, en la vulneración de la soberanía nacional, la cual se expresa a través de la soberanía judicial, por cuanto se consagraron como regla general mecanismos excepcionales y alternativos de resolución de conflictos, especialmente el arbitraje, contrariando la regla general de administración de justicia por parte de los jueces de la República.

El ya citado salvamento de voto⁸⁰⁸, refiriéndose al capítulo trece; expresó:

“El núcleo de este capítulo radica en la supuesta garantía a la libre competencia y las restricciones que puede establecer el legislador, pero se terminan estableciendo “monopolios designados” que distan mucho de encontrarse en armonía con la Constitución Política”

Luego, sobre el capítulo 16, la Procuraduría, puntualizó⁸⁰⁹:

⁸⁰⁸ Cfr. *Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-750 de 2008, sobre el capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos: “3.11 Capítulo Trece. Política de competencia. Monopolios designados y empresas de Estados*

El núcleo de este capítulo radica en la supuesta garantía a la libre competencia y las restricciones que puede establecer el legislador, pero se terminan estableciendo “monopolios designados” que distan mucho de encontrarse en armonía con la Constitución Política.

En primer término, el suscrito magistrado evidencia la imposibilidad de que sea compatible la creación de unos tales monopolios designados, públicos o privados, con la restricción constitucional que rige en Colombia, ya que el Acuerdo permite la creación de otros monopolios distintos a los permitidos expresamente por la Constitución Nacional.

En segundo lugar, para el suscrito magistrado no es claro el concepto y la naturaleza jurídica de la figura de “monopolio designado”. Así, este concepto y naturaleza de monopolio designado no queda claro en el capítulo de definiciones, definiciones de las cuales se puede deducir que por ejemplo las patentes constituyen un monopolio.

De otra parte, este magistrado considera que el presente Acuerdo presenta contradicciones conceptuales y analíticas en esta materia por cuanto una interpretación acorde con un sistema capitalista, con la libertad de empresa y la libre competencia, no es la de la consagración de monopolios, sino por el contrario el establecimiento del principio según el cual los monopolios están prohibidos en principio y sólo puede haberlos excepcionalmente con fines rentísticos, tal y como lo establece la Constitución Política. Adicionalmente, este magistrado evidencia que resulta un absurdo que se haya celebrado un tratado de “libre comercio” para favorecer los monopolios.

Finalmente, el suscrito magistrado se permite señalar que en Colombia se prohíbe un monopolio en cualquier etapa del proceso económico.

De conformidad con lo expuesto en los puntos anteriores, considero que la norma permite el establecimiento de monopolios que están prohibidos en la Constitución Nacional, por cuanto consagra lo contrario al sistema liberal capitalista de libre competencia. Karl Marx sostuvo en El Capital algo que no ha logrado ser desvirtuado: en el capitalismo existe tendencia natural a la centralización del capital, en cualquier actividad económica. A mi juicio, uno de los problemas esenciales que genera el monopolio es que distorsiona los precios en el mercado. Hay bienes que son insustituibles, y de otra parte, los monopolios pueden presentarse en todas las etapas del proceso económico. Por tanto, a este magistrado le preocupa que se sienta el precedente de que el monopolio está permitido como regla general en Colombia. Excepcionalmente, la Constitución Nacional prevé el monopolio de las armas y el monopolio consagrado en el artículo 336 Superior. Así mismo, los monopolios de hecho se combaten en el ordenamiento jurídico colombiano con diferentes leyes”.

⁸⁰⁹ Cfr. *Concepto de la Procuraduría, acerca de la ley 1143 de 2007, sobre el capítulo 16: “Este Capítulo resulta inexecutable excepto los artículos 16.10, párrafo 3, y 16.13: Entendimiento sobre Ciertas Medidas de Salud Pública, que resultan ajustados a la Constitución. Toda la regulación está dirigida a proteger el interés económico individual sin contemplar nada a cambio en relación con el acceso a la propiedad intelectual para toda la población. Se observa “muchas represión económica (Acuerdo Comercial, artículos 16.7, 16.8, y especialmente el muy extenso artículo 16.11) y poca facilitación para la participación de toda la población en el acceso a dicho bien colectivo”. Los impactos de dichas medidas se aprecian a partir de la asimetría real de Colombia frente a los Estados Unidos en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, que convierte a Colombia en un policía administrativo de los derechos de los propietarios norteamericanos, atendiendo la*

“Este Capítulo resulta inexecutable excepto los artículos 16.10, párrafo 3, y 16.13... Se observa “muchísima represión económica (Acuerdo Comercial, artículos 16.7, 16.8, y especialmente el muy extenso artículo 16.11) y poca facilitación para la participación de toda la población en el acceso a dicho bien colectivo”. Los impactos de dichas medidas se aprecian a partir de la asimetría real de Colombia frente a los Estados Unidos en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, que convierte a Colombia en un policía administrativo de los derechos de los propietarios norteamericanos, atendiendo la dependencia de nuestro país en cuanto al consumo de conocimiento en todas sus manifestaciones (teóricos y aplicados). En cambio, para el Estado colombiano el beneficio de lo pactado es muy poco debido a su limitada capacidad en este campo...”

Justamente, sobre el capítulo dieciséis, el salvamento de voto⁸¹⁰, dijo:

dependencia de nuestro país en cuanto al consumo de conocimiento en todas sus manifestaciones (teóricos y aplicados). En cambio, para el Estado colombiano el beneficio de lo pactado es muy poco debido a su limitada capacidad en este campo. Lo estipulado retrasa las posibilidades de desarrollo de Colombia por cuanto el conocimiento dura como propiedad particular mucho tiempo. Si bien el cambio del artículo 16.10 del Acuerdo, realizado en el Protocolo Modificatorio, trata de morigerar algunos aspectos atinentes a la protección del comercio de productos agrícolas y farmacéuticos, el problema de la indefinición del periodo de aprobación de comercialización exclusiva y las obligaciones de cada Parte de brindar protección al mismo se mantiene incólumes (periodo al menos de diez años para productos agrícolas, y de “normalmente” cinco años en productos farmacéuticos, tomando en consideración la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos realizados por la persona para producirlos. Protocolo Modificatorio al Acuerdo, modificación B, al Capítulo Dieciséis)”.

⁸¹⁰ Cfr. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-750 de 2008, sobre el capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos:

...Para el suscrito magistrado este tema de la protección y defensa de la biodiversidad en Colombia y de la consecuente diversidad genética que existe en el país es importantísimo y considero aberrante lo que se quiere hacer con ella por parte de los países poderosos, que quieren monopolizarla y manipularla, para producir por ejemplo especies estériles con el fin de que no se pueda volver a sembrar dichas especies vegetales y que los otros países tengan que comprarlas. Así mismo es de advertir la asimetría que existe en la autorización de contratos para la investigación y registro de patentes entre empresas transnacionales y comunidades indígenas, en virtud de los cuales se termina patentando especies y productos en EE.UU. que se comercializarán luego en Colombia.

De otra parte, para este magistrado es claro que de conformidad con las regulaciones previstas en este Acuerdo se acaba con la autonomía del Gobierno Nacional para ratificar otros tratados que lo pueden beneficiar. Así por ejemplo, este magistrado evidencia que los únicos Tratados que no se incluyeron en este Acuerdo son los que puede beneficiar a Colombia: el Tratado de Kyoto y el de Biodiversidad.

Ahora bien, este tema de la biodiversidad tiene una relevancia especial para el tema de la producción de medicamentos, ya que un alto porcentaje de ellos son de componente vegetal y se logran a través de la investigación genética. Así mismo considero que el Protocolo no arregla estas dificultades. Se autoriza el arreglo de estos asuntos a través de contrato, lo cual genera todavía mayor preocupación a este magistrado, por cuanto considero que no es posible encontrar un escenario más asimétrico e inequitativo que el que se daría por ejemplo en el caso de una negociación entre las grandes transnacionales y las comunidades indígenas colombianas...

...Reitero que este Acuerdo presenta un problema muy grave relativo al tema de las patentes, las cuales se hacen respecto de bienes y recursos naturales nacionales cuyos productos derivados se patentan a un Estado

“Este capítulo sobre medidas respecto de propiedad intelectual es más amplio de lo que se acepta, por cuanto de un lado regula de manera general los derechos de propiedad intelectual, y de otro lado, se aplica de manera transversal a las materias tratadas en el Acuerdo, y las regulaciones contenidas en él son a juicio de este magistrado bastante preocupantes para el país, ya que en primer término, permiten que en materia de biodiversidad, de la cual Colombia tiene un 10% de la diversidad biológica que existe en el mundo, un Estado extranjero se termine apoderando de esta riquísima biodiversidad a través de patentes y que adicionalmente en el futuro nos toque pagar por los beneficios derivados de dicha biodiversidad que ha sido patentada a otros Estados. Por tanto considero que con este tratado se permite que se patente a otros Estados extranjeros la biodiversidad existente en Colombia a través de patentes. Así las cosas, considero que la figura jurídica de la patente, no constituye más que un monopolio, y que este TLC se suscribió para proteger a los monopolios...

“Para el suscrito magistrado este tema de la protección y defensa de la biodiversidad en Colombia y de la consecuente diversidad genética que existe en el país es importantísimo y considero aberrante lo que se quiere hacer con ella por parte de los países poderosos, que quieren monopolizarla y manipularla, para producir por ejemplo especies estériles con el fin de que no se pueda volver a sembrar dichas especies vegetales y que los otros países tengan

extranjero y se terminan aplicando en nuestro país a un alto costo. Así mismo, reitero que en este Tratado el tema de los medicamentos genéricos no está resuelto. Por tanto, considero que en este Tratado por la vía de las patentes respecto de los medicamentos genéricos se termina afectando el derecho a la salud.

Otro tema importante y preocupante para este magistrado es el de la larga duración de las patentes que se otorgan, que en el caso de las patentes de medicamentos es de 20 años y en el caso de los agroquímicos se regula en el apartado 16.10 del Acuerdo. A juicio de este magistrado, en este Tratado se pone al Estado colombiano a proteger patentes de los EEUU. -Art. 21.2.1 del Tratado-, y por otra parte el concepto de “seguridad esencial” que se consagra es una noción imprecisa y ambigua. Por tanto, este magistrado advierte que con lo estipulado en el TLC se compromete al Estado colombiano a proteger las patentes de medicamentos de EEUU por largos periodos de tiempo, que el concepto de “seguridad esencial” es una noción imprecisa y podría incluir medidas del Gobierno para promover desarrollo social u objetivos culturales o ambientales. En este sentido, considero que subsisten las preocupaciones que ha tenido Colombia en relación con esta materia...

...En materia agropecuaria y de alimentos, reitero lo que ya expuse en el capítulo anterior correspondiente a esta materia, respecto en primer lugar a la desigualdad e inequidad que representan los subsidios que otorga Estados Unidos a muchos de sus productos agrícolas, lo cual redundará en competencia desleal y la quiebra del sector agrícola nacional. Así mismo reitero que como consecuencia de lo anterior pasaremos de ser un país productor, exportador y autoabastecido en materia de alimentos, a ser un país importador de alimentos. Finalmente reitero que lo más grave es que con estas medidas se terminará afectando la seguridad alimentaria nacional lo cual derivará en un drama humanitario de proporciones todavía no calculadas. Por todo ello, considero que ahora y como consecuencia de este tratado los “alimentos se están comiendo a los hombres”.

Finalmente, me permito reiterar que en este Acuerdo no se incluyen medidas para promover el desarrollo social u objetivos culturales o ambientales como desarrollo del concepto de “seguridad esencial”. Por tanto, las anteriores preocupaciones continúan siendo válidas.

que comprarlas. Así mismo es de advertir la asimetría que existe en la autorización de contratos para la investigación y registro de patentes entre empresas transnacionales y comunidades indígenas, en virtud de los cuales se termina patentando especies y productos en EE.UU. que se comercializarán luego en Colombia...

“...Por todo lo anterior, considero que este acápite del Acuerdo de Promoción Comercial bajo estudio, es violatorio de la Constitución Nacional y vulneran más de cien artículos entre los cuales se encuentran los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13 y todo el Título II de la Constitución. También, parte del 150 en lo relacionado con las facultades del Congreso colombiano para regular esta materia y los artículos 58, 65, 72 78, 79, 58, 371, 333, 334, 335 y 365 de la Carta Política. Por esta razón debo manifestar mi perplejidad y asombro no sólo ante la suscripción y ratificación de este Tratado por parte del Estado y Gobierno colombiano, sino aún más ante la declaratoria de exequibilidad por parte de esta Corte, que ha realizado un control de constitucionalidad acrítico, no obstante que es el máximo órgano al cual se le ha encargado la guarda de la supremacía de la Constitución, y sin embargo termina validando un tratado como este Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, que tiene efectos tan nocivos para nuestra Nación, razón por la cual este magistrado no entiende a qué tipo de intereses se está sirviendo con esta decisión”.

“Posteriormente y para confirmar el desbordamiento en sus atribuciones y la extralimitación de funciones por parte de la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la Ley 1166 de 2007 por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-Estados Unidos”, firmado en Washington el 28 de junio de 2007 y la Carta Adjunta de la misma fecha, cuya exequibilidad fue declarada en Sentencia C-751/08, nuevamente en un salvamento de voto dijo⁸¹¹:

⁸¹¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-751/08, del (24) de julio de dos mil ocho (2008), con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería. “Con el acostumbrado respeto me permito consignar las razones de mi disenso frente a esta sentencia de la Corte en la cual se decide la revisión oficiosa de la Ley 1166 de 2007 por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-Estados Unidos”, firmado en Washington el 28 de junio de 2007 y la Carta Adjunta de la misma fecha, declarándose la exequibilidad de dicho Protocolo Modificatorio del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América –TLC- o el “Acuerdo de Promoción Comercial”, como de la Ley aprobatoria de dicho protocolo, radicado bajo el expediente de la referencia, por cuanto considero que dicho Protocolo Modificatorio como la Ley aprobatoria del mismo son violatorios de la Constitución Nacional, como también lo es la Ley 1143 de 2007, aprobatoria del “Acuerdo de

“En cuanto al trámite de la Ley 1166 de 2007, es necesario señalar que presenta vicios que la hacen inconstitucional. En primer término es menester señalar que las deliberaciones conjuntas no implican decisiones conjuntas. Esto significa que, aún en el caso de la celebración de sesiones conjuntas de las comisiones de las cámaras, debía respetarse la votación del proyecto de ley primero en el Senado y luego en la Cámara, como lo ordena el artículo 154 de la Carta. Esta disposición tiene una razón de ser, que es la de que no se imponga la aprobación de un tratado de una vez, por el mayor número de congresistas. Sobre los anuncios de debate y discusión del proyecto de ley, es necesario observar que en el primer debate en sesiones conjuntas no se señala fecha, al igual que en la plenaria de la Cámara, pues el secretario se limita a señalar que se hace el anuncio de acuerdo con el artículo 160, sin indicar fecha alguna de esa discusión y votación. Igualmente, en la plenaria del Senado, en la sesión del 16 de octubre de 2007, se anuncia para la “próxima semana”, lo que no precisa la fecha de discusión y aprobación del proyecto como lo exige la Constitución.

“Ahora bien, en relación con la inconstitucionalidad material de la ley que fue objeto del pronunciamiento contenido en la sentencia C-751 de 2008, me remito a lo ya expresado por mí en el salvamento de voto de la sentencia C-751 de 2008, por medio de la cual esta Corte resolvió acerca de la constitucionalidad de la Ley 1143 de 2007, aprobatoria del “Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus “Cartas Adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2007.

“Por las razones expuestas, considero que este fallo es contrario a derecho, a la moralidad pública y a la simple decencia, por lo cual salvo mi voto frente a la presente providencia”.

Solo al cumplirse los primeros veintiún años de expedirse la Constitución de 1991, nos damos cuenta de lo erróneo de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, asumiendo posiciones erráticas en varias de sus providencias. Se percibe el desbordamiento y extralimitación de funciones de ese Tribunal; por tanto, que se requiere un replanteamiento profundo del mismo.

Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América” , sus “Cartas Adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2007”.

Está presente al interior de la Corte, una doctrina perjudicial que se puede palpar en la adopción de esquemas conceptuales a través de los fallos que no benefician a la mayoría de la población y sólo privilegian a grandes grupos económicos como lo hemos comprobado en la Sentencia que acabamos de analizar.

Existe un funcionamiento inadecuado de la Corte Constitucional, que produce distorsión en el escenario, haciendo aparecer en su interior la ausencia de una suficiente y adecuada respuesta a los problemas constitucionales del presente. La situación surgida como consecuencia de varias Sentencias, proferidas por la Corte Constitucional, nos plantea la necesidad observar con mucho cuidado los supuestos sobre los que descansan sus decisiones y sus principales construcciones.

Las Sentencias de constitucionalidad son un instrumento que indudablemente ha de inspirarse en todos y cada uno de los principios y valores que infundieron los constituyentes en la reforma constitucional de 1991.

Es el momento de prestar atención a los valores y principios configuradores del Estado, de su Ordenamiento y organización, a fin de que exista por parte de la Corte en sus providencias una definición constitucional, lo que al parecer no está sucediendo, ya que la Corte está ejerciendo en sus providencias un poder desbordado, situación que debería corregirse, porque el Estado de Derecho, no es nada distinto que el sometimiento del Estado al Derecho.

El sistema constitucional colombiano, está dando origen a que se pongan en juego los derechos de libertad e igualdad, en una aparente contradicción con lo que es y significa el Estado social de Derecho⁸¹², así como la prevalencia del interés general. En este sentido, debiera existir un rechazo generalizado a cualquier suspicacia, que pueda derivarse de las decisiones de los jueces. Paralelamente, el Estado social implica la satisfacción efectiva de las

⁸¹² Cfr. *Constitución Política e Colombia. Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

necesidades generales de la población colombiana, que trasciende a los órdenes social, político y jurídico.

Necesitamos en Colombia la formalización del Derecho constitucional; esto significa, que la Corte Constitucional no vaya más allá de sus estrictas y precisas funciones que la Constitución le ha asignado. No es posible, pues, el mantenimiento de la situación actual, que los magistrados de la Corte Constitucional entiendan que no están allí para reglamentar, adicionar o complementar las funciones del Legislador y por esa vía extralimitarse en sus funciones.

Estamos observando un crecimiento imparable del poder constitucional que posee la Corte, ante la mirada perpleja de todo el Ordenamiento jurídico colombiano. Indudablemente, estos acontecimientos nos permiten pensar que el cambio de la Constitución en 1991, particularmente con la creación de la Corte Constitucional, ha dado lugar al nacimiento de un fenómeno propio de los regímenes totalitarios, en los que quien detenta el poder en vez de utilizarlo para el beneficio de la mayoría de la población, privilegia a unos pocos, aún cuando tenga que pasar por encima los principios en los que se establece todo Estado de Derecho.

Al ser considerada la Corte Constitucional como la máxima instancia en lo que a asuntos constitucionales se refiere, todo esfuerzo que se haga para intentar poner freno a ese desbordamiento en sus funciones está destinado al fracaso, a menos que surja al interior de la Rama Legislativa un grupo de legisladores que lleven a discusión estos temas o que el ingreso de nuevos magistrados permita el rescate de los principios que inspiraron la reforma de 1991, por considerar que incumbe primordialmente a la Corte, la protección integral de la Constitución, asunto que contribuye al bien colectivo o común, partiendo del ejemplo que den quienes integran los poderes públicos.

La Constitución de Colombia no hace una declaración explícita del interés general que constituyen las Sentencias de constitucionalidad, aunque, indirectamente así lo asume cuando apunta a que el juez en sus sentencias está sometido al imperio de la Ley (Constitución

Política, artículo 230), así como el deber de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (Constitución Política, artículo 241).

El anhelo de quienes defendemos el contenido integral de la Constitución, constituye un valor intangible que forma parte de nuestro bienestar y que, como tal, resulta un deber de las Ramas del Poder en cuanto a la preservación del interés general, garantizarlo en todo momento y con mayor razón por parte de la Corte Constitucional, por formar parte del Poder Judicial.

10.4. Las leyes 1143 de 2007 y 1166 de 2007, declaradas ajustadas a la Constitución, mediante Sentencias C-750/08 y C-751 de 2008, ¿vulneran el régimen constitucional de la expropiación, los monopolios rentísticos y los servicios públicos, contenido en la Constitución?

El proyecto de Constitución para Europa⁸¹³, en su artículo III-257, en el capítulo IV, referido a Espacio de libertad, seguridad y paz, en su numeral 1, establecía:

“1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”.

Como es por todos sabido ese proyecto no se llevó a cabo, más allá de la supranacionalidad, se resalta su contenido, como también se destacan los argumentos expuestos por un valiente magistrado de la Corte Constitucional, que se apartó con razones muy válidas de la mayoría de sus compañeros de Tribunal que mediante decisión mayoritaria decidieron aprobar el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos.

Subrayamos lo dicho por el magistrado⁸¹⁴, que salvó su voto; *“...considero que este acápite del Acuerdo de Promoción Comercial bajo estudio, es violatorio de la Constitución*

⁸¹³ Cfr. ALONSO GARCÍA, Ricardo y SARMIENTO Daniel. *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*. Edit. Thomson Civitas. Madrid, 2005, pp. 457.

Nacional y vulneran más de cien artículos entre los cuales se encuentran los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 13 y todo el Título II de la Constitución. También, parte del 150 en lo relacionado con las facultades del Congreso colombiano para regular esta materia y los artículos 58, 65, 72 78, 79, 58, 371, 333, 334, 335 y 365 de la Carta Política...”

No tenemos hasta ahora noticia que ningún Estado en el mundo apruebe con el voto favorable de la mayoría de su Congreso y de la mayoría de los integrantes de su Tribunal Constitucional, un acuerdo que vulnere más de un centenar de artículos de su Constitución. Aquí se pone de manifiesto que la entrada en vigor de ese acuerdo comercial, precedido de la autorización concedida por el pleno de las Corporaciones citadas, calificado como grave, por las implicaciones que en materia de expropiaciones, monopolios rentísticos y servicios públicos tendrá en un inmediato futuro, para los colombianos.

El proceso para la concreción de este acuerdo comercial, que comenzó hace diez años, será tan nocivo para los intereses colombianos, que en reciente visita del Presidente de Estados Unidos a Colombia resolvió unilateralmente ampliar las visas de cinco a diez años para los Colombianos que deseen viajar a Estados Unidos, en vísperas del inicio del acuerdo comercial que se llevó a cabo el 14 de mayo de 2012.

De manera que, el contraste entre beneficiados y perjudicados es notorio; refiriéndose a la Corte Constitucional de la cual formaba parte, el magistrado que salvó su voto, expresó⁸¹⁵:

“Por esta razón debo manifestar mi perplejidad y asombro no sólo ante la suscripción y ratificación de este Tratado por parte del Estado y Gobierno colombiano, sino aún más ante la declaratoria de exequibilidad por parte de esta Corte, que ha realizado un control de constitucionalidad acrítico, no obstante que es el máximo órgano al cual se le ha encargado la guarda de la supremacía de la Constitución, y sin embargo termina validando un tratado como este Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, que tiene efectos tan nocivos para nuestra Nación, razón por la cual este magistrado no entiende a qué tipo de intereses se está sirviendo con esta decisión”.

⁸¹⁴ Cfr. Corte Constitucional. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-750 de 2008, sobre el capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos.

⁸¹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-750 de 2008, sobre el capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos.

Es evidente que el Estado Legislador se equivocó y la Corte ratificó esa equivocación. De modo que en la actualidad no contamos en Colombia con instituciones que defiendan el Estado Social de Derecho, esto es el contenido esencial de toda la organización jurídica colombiana.

La cuestión es mucho más preocupante cuando el magistrado que se apartó de la decisión mayoritaria de la Corte, refiriéndose al papel de Colombia en el tratado, señaló⁸¹⁶:

“...que convierte a Colombia en un policía administrativo de los derechos de los propietarios norteamericanos...”

Lo que debemos entender es que no se trata de cualquier opinión, son expresiones de una persona muy calificada institucionalmente, que solo buscó evitar daños y perjuicios que hacia el futuro pueden derivarse de este tratado, causados a personas que vean lesionados sus derechos patrimoniales y allí serán las finanzas públicas las que respondan por estas acciones y omisiones de las autoridades citadas.

Notemos que la Procuraduría General de La Nación⁸¹⁷, advirtió sobre una situación que viene impuesta en el tratado, consistente en que:

“no proceden los monopolios de hecho no siendo viable establecer, designar o autorizar un monopolio de hecho (art. 13.8, párrafo 2, subpárrafo b; y 13.11”.

En otras palabras, el acuerdo comercial le da vía libre a una figura que está abiertamente en contra de los monopolios que regula el artículo 336 de la Constitución.

⁸¹⁶ Cfr. Corte Constitucional. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-750 de 2008, aprobatoria del el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos.

⁸¹⁷ Cfr. Concepto de la Procuraduría, acerca de la ley 1143 de 2007, artículo 13, aprobatoria del l Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos.

Esta normativa ha sido impuesta por Estados Unidos y no se considera que beneficie al conjunto de la población colombiana y para demostrarlo, citamos una vez más apartes del salvamento de voto, que advirtió⁸¹⁸:

“...permiten que en materia de biodiversidad, de la cual Colombia tiene un 10% de la diversidad biológica que existe en el mundo, un Estado extranjero se termine apoderando de esta riquísima biodiversidad a través de patentes y que adicionalmente en el futuro nos toque pagar por los beneficios derivados de dicha biodiversidad que ha sido patentada a otros Estados...”

En otras palabras esta figura es una expropiación internacional sin indemnización para el expropiado, con el agravante, que el expropiado en este caso el Estado colombiano deberá pagar por esos beneficios al Estado que se ha apoderado de la biodiversidad; por ello lamentablemente no hay derecho que en un Estado de Derecho se permitan tales situaciones.

Si bien esto tiene sus matices en los enormes intereses económicos de unos pocos, no es posible que se convierta ahora en algo muy común que los intereses de los particulares prevalecen sobre el interés general, es decir Colombia es un Estado de Derecho extremadamente original en esa nueva teoría del Derecho, que representa una paradoja y un nuevo principio: en Colombia el interés particular prevalece ante el interés general.

La responsabilidad del Estado legislador se concreta en este preciso argumento: Las Leyes expedidas para poner en vigor el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, no consultaron ni la justicia ni el bien común, como expresamente lo ordena la Constitución⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Cfr. Corte Constitucional. Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, en la sentencia C-750 de 2008, aprobatoria del el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos.

⁸¹⁹ Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 133. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Texto original:

Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común.

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

10.5. La Corte Constitucional de Colombia está actuando como una ‘supercorte’

Sea lo primero indicar que la regulación actual de los altos tribunales de justicia en Colombia debe ajustarse a los aspectos organizativos y procedimentales cuya predeterminación y marco legal está contemplado en la Constitución. Cada uno de ellos debe situarse indudablemente en el lugar asignado. Por tanto, el examen de todos los asuntos no puede tener una solución legítima distinta al marco programático que ha sido preestablecido y, en consecuencia, debe evitarse toda arbitrariedad, abuso o desviación de poder, ya que la tarea del juez ha de ser en todo instante, obrar con neutralidad en la definición de todos los asuntos que sean puestos a su consideración.

En Colombia existen cuatro altos tribunales, que tienen a su cargo el examen de asuntos, diferenciados dentro del marco que define el Estado social de Derecho en su conjunto.

Citamos a estos altos tribunales en el mismo orden en que los regula la Constitución.

Tenemos en primer lugar la Corte Suprema de Justicia, tribunal que está definido en el artículo 234⁸²⁰, como el “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”.

En segundo término, el Consejo de Estado, que según el artículo 237-1⁸²¹, se le ha conferido la atribución constitucional de actuar como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”.

Luego tenemos la Corte Constitucional, que de conformidad con el artículo 241-1⁸²², “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”; y, por último:

⁸²⁰ Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.

⁸²¹ Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 234. Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

⁸²² Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin,

Al Consejo Superior de la Judicatura, que según lo contemplado en los artículos 254, 255 y 256, de la Constitución⁸²³, está integrado por dos salas.

Administrativa, que le corresponde la organización administrativa de la Rama Judicial y la disciplinaria que le compete, “Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados...”.

cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Darse su propio reglamento. PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsano el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

⁸²³ Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 254. El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas: 1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado. 2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley. Artículo 255. Para ser miembro del Consejo Superior de la Judicatura se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta y cinco años; tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años con buen crédito. Los miembros del Consejo no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes. Artículo 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: 1. Administrar la carrera judicial. 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales. 3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley. 4. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales. 5. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso. 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. 7. Las demás que señale la ley.

Como vemos, según el marco jurídico previsto en la Constitución de 1991, existen unas funciones específicas atribuidas a cada uno de los tribunales citados.

Así mismo, no existe constitucionalmente hablando una jerarquización entre las altas cortes en Colombia. En consecuencia el problema planteado, ha de resolverse diciendo que todos los pronunciamientos de la Corte Constitucional, deben sujetarse al mandato previsto en el artículo 230 de la Constitución, según el cual; “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” y ese sometimiento en principio, está a la Constitución, como la primera y más importante Ley, en el ordenamiento jurídico colombiano, según la misma Constitución lo establece⁸²⁴.

Es claro entonces, que existe una reserva legal, a la cual todos los altos tribunales de justicia en Colombia, están sometidos. Los fundamentos constitucionales de toda decisión judicial no pueden ser alterados, porque se estaría vulnerando el Ordenamiento jurídico y si ello se sigue presentando, amerita una mayor atención entre los colombianos, porque así como lo estamos demostrando, no se garantiza que la Corte Constitucional esté cumpliendo con su función de servir de guardián de la Constitución y se observa un poder exorbitante articulado sin fundamento, no sujeto a control.

Los principios fundamentales previstos en la Constitución, deben estar articulados con los derechos constitucionales fundamentales y tal armonía no se logra si la Corte Constitucional, no hace todo lo posible para evitar una alteración y lograr el equilibrio entre todas las Ramas del Poder y conseguir la colaboración armónica tal y como lo ordena la Constitución⁸²⁵.

En definitiva, se está reproduciendo el fenómeno de la desobediencia a la Ley y desde esta perspectiva se deriva una pérdida de expectativas para la sociedad y termina el ciudadano

⁸²⁴ Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

⁸²⁵ Cfr. Constitución Política e Colombia. Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

afectado, defraudado en la confianza y esperanza legítimas que depositó en el Ordenamiento jurídico que ese Estado social de Derecho le garantiza, -lo mínimo que el Estado le puede ofrecer-, así como que será indemnizado según una adecuada modulación o graduación del daño de que llegase a ser víctima.

10.6. Reflexiones al presente capítulo

Si la legislación del Estado de Derecho encaja con él y es capaz de desplegar sus cualidades es válida; pero si se pierde calidad y no es capaz de conseguir el fin que el Estado de Derecho marca al Legislador, salen a escena otros elementos del Estado de Derecho que padecerán con tal carencia⁸²⁶. Nos parece, pues, que los argumentos son bastante claros sobre la imposibilidad de estudiar la legislación a partir de los aspectos técnico-formales. En definitiva los defectos de la legislación son el resultado del conjunto de contradicciones que atraviesan el sistema político y se hallan conectados con los aspectos substanciales del proceso político⁸²⁷.

De los desaciertos del Legislador no se puede valer el juez constitucional para decidir discrecionalmente sobre la vigencia y existencia de las normas. La actividad intelectual libre, contenida en la interpretación tiende a que conozcamos la Ley en su verdad, es decir, que se nos hace evidente mediante un procedimiento regular. La Interpretación no depende, por tanto, como muchos opinan, de la casual circunstancia de la oscuridad de una Ley⁸²⁸. La interpretación de la Ley se encamina generalmente a fijar la regla de una relación jurídica determinada mediante la percepción clara y exacta de la norma establecida por el Legislador. La interpretación es necesaria en todos los casos en que se debe aplicar la Ley⁸²⁹; no obstante

⁸²⁶ Cfr. MONTORO CHINER, María Jesús. *Adecuación al ordenamiento y factibilidad. Presupuestos de calidad de las normas. Cuadernos y debates. Centro de Estudios Constitucionales. Serie de técnica legislativa II, Madrid, España, 1989, pp 23.*

⁸²⁷ Cfr. CAPO GIOL, Jordi. *La legislación estatal en la España democrática. Una aproximación politológica. Cuadernos y debates. Centro de estudios constitucionales. Madrid, España, 1990, pp 21.*

⁸²⁸ Cfr. VON SAVIGNY, Federico Carlos. *Las fuentes jurídicas y la interpretación de la ley. Editorial Leyer. Bogotá, D.C. 2005, pp. 58.*

⁸²⁹ Cfr. FIORE, Pascuale. *Traducido al castellano por AGUILERA DE PAZ, Enrique, ob, cit, p, 564.*

en Colombia, el único intérprete de la Ley es el Congreso, por expreso mandato constitucional⁸³⁰.

El juez constitucional debe verificar con mucho cuidado los hechos que dan origen a sus decisiones. Lo que hace el juez es un juicio normativo, el cual parte de los hechos fijados a través de la elección de un material normativo relacionado con los mismos.

Teniendo en cuenta ese material, lo que hace el juzgador es crear un enunciado normativo en el que deberá subsumir los hechos fijados, a través de una argumentación sobre normas. Todo el juicio normativo se hace teniendo como punto de referencia los hechos fijados. En este sentido, esos hechos vuelven a ser analizados, si bien ahora desde una perspectiva eminentemente jurídica. En el juicio normativo se vuelven, en ocasiones, a interpretar los hechos dándoles un significado jurídico. Ciertamente esta operación no lleva a modificar los hechos fijados⁸³¹.

En nuestro caso, a la Corte Constitucional, no le está permitido, a través de sus Sentencias; crear nuevas Leyes, ampliar el contenido normativo de la Constitución y mucho menos decir lo que la Constitución no dijo, como sucedió con la expropiación, los monopolios y los servicios públicos, al denominarlos “supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador”, cuando es por todos sabido que para este preciso caso la Asamblea Nacional Constituyente, que fue la encargada de redactar la Constitución de 1991, no actuó como Legislador, sino como constituyente.

Así mismo, también le está prohibido proferir una Sentencia de constitucionalidad declarando Leyes ajustadas a la Constitución, cuando en la realidad no lo están, como sucedió con las Leyes aprobatorias del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos; tema sobre el que el diario El Tiempo⁸³², tituló: “Sector lechero: con el TLC gana la

⁸³⁰ Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 150-1: *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes....*

⁸³¹ Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Editorial Marcial Pons. Ediciones jurídicas S.A., Madrid 1995, pp, 217.

⁸³² Cfr. EL TIEMPO. Martes 29 de noviembre de 2011, p, 26. www.eltiempo.com.co.

industria y pierden los pequeños”, por su parte el Gobierno a través del Ministro de Agricultura, expresó⁸³³: “La tarea para abrirse camino hacia el mercado americano es ardua, difícil y costosa”. Si esta afirmación la hace el propio Gobierno, que fue el promotor y defensor de la iniciativa, que podrá pensar o decir el pequeño y mediano agricultor e industrial; de este modo, comprobamos que nuestros análisis sobre el Tratado de Libre Comercio, no son alejados de la realidad y demuestran el error de la Corte Constitucional en este asunto.

Al finalizar esta memoria, es preciso así mismo, citar las palabras de García De Enterría⁸³⁴, cuando expresó:

“Al concluir este análisis hemos de expresar nuestra esperanza en que la lucha por el Derecho, esa gran empresa que todos los juristas, a la que, desde que salgáis de estas aulas, alumnos organizadores de este acto, vais a ser personalmente convocados, concluya pronto por lograr esa ambiciosa, alta pero necesaria cuota de todo Estado de Derecho que es la de instrumentarse como un Estado de Justicia, pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso y retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria”.

⁸³³ Cfr. EL TIEMPO. Lunes 21 de noviembre de 2011, p. 15. www.eltiempo.com.co.

⁸³⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Editorial Civitas, Abril 2011, pp. 101.

Conclusiones

Quien se ocupó por primera vez de la responsabilidad del Legislador, fue el profesor León Duguit, en su *Traité de Droit Constitutionnel*⁸³⁵. Allí se encuentra una teorización sumamente extensa de los fundamentos de una responsabilidad patrimonial del Legislador⁸³⁶. Precisó, que el Estado debe responder por cuanto “es asegurador de los administrados en todo riesgo que resulte de su actividad general incluso el riesgo resultante de la aplicación de una ley”. Y ello aunque la Ley sea conforme a lo que él llamó “el Derecho superior”.

Actualmente ante la jurisdicción contencioso administrativa, está previsto el control de reparación directa (Art. 140, Ley 1437 de 2011), para obtener la reparación integral (Ley 446/98. Art. 16), de todo daño producido por hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo⁸³⁷ (Constitución Política de Colombia, artículo 90), para obtener el cumplimiento de la función reparadora, por un daño derivado del ejercicio de la actividad legislativa. Dijo entonces la Corte Constitucional⁸³⁸: “...cabe destacar que en todos los anteriores casos la acción impetrada fue la de reparación directa, de lo que se deduce que de conformidad con el máximo órgano de la jurisdicción de contencioso administrativa esta es la vía judicial procedente para reclamar la reparación de los daños antijurídicos imputables al hecho del legislador”.

En los términos en que están redactadas las disposiciones constitucionales y legales vigentes, en armonía con las decisiones jurisprudenciales, a los congresistas en Colombia no les es inaplicable una responsabilidad de tipo patrimonial en forma individual. Este argumento

⁸³⁵ Cfr. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemolng & C, Editeur, Tome Troisième. pp. 514 y 515 Paris, 1923.

⁸³⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Ob. cit.* págs. 172 y 173. Véase Tomo 3, 1930, págs. 459 y s.s., 551 y s.s., 669 y s.s.

⁸³⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia 038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

⁸³⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sent. C-038/06. M. P. Humberto Sierra Porto.

se comprueba conectando el daño antijurídico previsto en el artículo 90 de la Constitución, con los demás preceptos normativos (Constitución Política de Colombia, artículos 172, 177, 185 y Ley 678 de 2001).

Hasta la fecha, la teoría de la confianza legítima citada por la Corte Constitucional⁸³⁹, no ha sido aplicada por el Consejo de Estado en ninguna de las Sentencias que han declarado en Colombia la responsabilidad del Estado legislador.

Aunque en el mundo desde hace ya un extenso periodo de tiempo, existe la tendencia jurisprudencial a reconocer la responsabilidad por falta en la actividad del Legislador, en Colombia sólo fue declarada en 1998 y resulta difícil vislumbrar con precisión los principios y coordenadas sobre los que va a quedar definitivamente asentado ese tema⁸⁴⁰.

El título jurídico de imputación jurídica en los casos de Leyes constitucionales, aplicado por el Consejo de Estado en sus Sentencias, hasta ahora ha sido:, "...el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República)⁸⁴¹" y el de la falla del servicio cuando la inconstitucionalidad de Leyes o Decretos Leyes ocasione daños, "...pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública...⁸⁴²".

En realidad las Sentencias dictadas en el siglo pasado por el Consejo de Estado Colombiano fueron extraordinariamente útiles⁸⁴³, porque aplicaron por primera vez la tesis de Duguit; no obstante, ya es el momento para que ese Tribunal, adopte el principio de la falla del servicio, en todos los casos de responsabilidad patrimonial derivada de daños causados por Leyes y Decretos Leyes constitucionales e inconstitucionales, porque "Errare humanum est.

⁸³⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia 038 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

⁸⁴⁰ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

⁸⁴¹ Consejo de Estado. Expediente IJ-001. Actores: Vitelina Rojas Robles y otros.

⁸⁴² Consejo de Estado. Expediente 2002-1912 (23245). Auto 15 de mayo de 2003. C.P. Alier Hernández Enríquez.

⁸⁴³ DE VITORIA, Francisco. *La Ley*. Estudio preliminar y traducción de Luis Fryle Delgado. Edit. Tecnos, Madrid, 1995, pp. XXIX.

En un plano subjetivo, la incidencia de los pronunciamientos hechos por parte de la Corte Constitucional, sobre omisiones legislativas, clasificándolas en absolutas y relativas, no ha influido en el papel del Legislador colombiano en relación a la específica competencia de legislar en los términos como quedó definido en la Constitución de 1991; a tal punto, que ni siquiera se han ido dando pasos en esa dirección. El Congreso ha omitido expedir el Estatuto del trabajo, el Estatuto del Congresista, el Estatuto de la Oposición, reglamentar el Derecho de petición dirigido a los particulares, entre otras.

Además de una cuestión cultural, de educación jurídica, hay otra puramente política, conocida como el programa de ciencias de la legislación, que requiere de una voluntad política⁸⁴⁴, para que las omisiones legislativas no se sigan presentando.

En Colombia, desde el anterior marco conceptual, el título de imputación más adecuado para declarar la responsabilidad del Legislador, es la falla del servicio, a todos los casos en los que Leyes constitucionales e inconstitucionales causen daños, por considerar que al presentarse un daño derivado de una Ley, falló el servicio público legislativo y esa falla del servicio de carácter preventivo, pudo haberse previsto en el proceso de formación de la Ley aplicando aspectos de técnica legislativa, por parte del Congreso o del Presidente de la República.

Actualmente en la discusión y aprobación de las Leyes, no se tienen en cuenta los aspectos antropológico, sociológico, económico (a pesar de la expedición en Colombia del Acto Legislativo 3 de 2011 y de la modificación del artículo 135 de la Constitución española), político, cultural, ni la realidad social del país; sin los cuales no se cumplen los propósitos de la función legislativa, en los términos en que está establecido en los artículos 1 de las Constituciones española y colombiana.

En lo referente a las energías renovables en España, es posible que tras la supresión de primas, pueda dar origen a responsabilidad patrimonial por parte del Estado legislador, particularmente en cuanto a las energías eólica y fotovoltaica se refiere.

⁸⁴⁴ CODERCH, Pablo Salvador. *Ob, cit, pp, 45.*

No se advierten directrices derivadas del Derecho Comunitario, dirigidas a la aplicación de técnica legislativa en las legislaciones de los Estados comunitarios, así como los casos en que proceda la ‘restitutio in integrum’.

Visto que en los Ordenamientos jurídicos español y colombiano, son prácticamente desconocidas las medidas preventivas encaminadas a que la Ley no cause daños, se requiere una política pública que logre una verdadera adaptación de los poderes públicos, para que las Leyes que se dicten giren en torno a una economía sostenible, de modo que a ese eje se debe supeditar la política legislativa en un Estado Social de Derecho.

El objetivo de la Ley antitabaco es meritorio; sin embargo, en España, el hecho de que los propietarios de establecimientos llevaran a cabo cuantiosas inversiones para adecuar espacios para los fumadores apoyados en la Ley, medida que luego por otra Ley fue restringida, podría llevar a las finanzas públicas españolas a tener un revés, por las posibles demandas que presentarán los ciudadanos, por la vulneración de la esperanza y confianza legítimas.

La garantía del cumplimiento de las Leyes expedidas, exige del Gobierno y del Congreso en la discusión de los proyectos de Ley, un procedimiento analítico riguroso, evitando en todo caso que los beneficios concedidos por Leyes anteriores, sean revocados sin verificar las consecuencias económicas. La solución, insistimos, consiste en indicar con claridad en cada una de las Leyes que se expidan, las indemnizaciones a quienes resulten perjudicados con las nuevas disposiciones y los requisitos que se deberán acreditar para su reclamación.

La Corte Constitucional colombiana, además de actuar como “Legislador de facto”, aprobando conductas ilegales como el aborto; tomar atribuciones que no posee, como la de exhortar al Congreso a que legisle en un plazo determinado sobre un tema concreto; además de en su condición de juez constitucional impartir aprobación al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, que vulnera la Constitución, por citar unos pocos ejemplos, demuestra que Colombia carece de un modelo constitucional que impida que ese Tribunal se extralimite en sus funciones.

La despenalización de la dosis personal de estupefacientes que realizó la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-491 del 28 de junio de 2012, a sabiendas que Colombia es un país con un alto índice de consumidores de sustancias alucinógenas y que ese tipo de decisiones incentivan el tráfico de drogas, está en abierta oposición a lo ordenado por la Constitución, cuando establece⁸⁴⁵: “*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad*”. Quedando demostrado que por iniciativa de la Corte en Colombia se aplica un nuevo principio de Derecho: *El interés particular prevalece sobre el interés general*.

Las escuelas de Leyes y de ciencia política, requieren que los futuros profesionales en su formación básica no pasen por alto la Economía aplicada, la Sociología y la Ciencia Política, teniendo en cuenta criterios humanísticos y culturales; con la finalidad que se haga realidad la ciencia o la doctrina de la legislación; es decir, se demanda una formación integral en técnica legislativa, con énfasis a quienes ya integran el Congreso y el Gobierno, así como a los futuros candidatos a esos cargos. Así mismo, que el Estado Legislador disponga de una comisión de expertos en técnica normativa de las más altas calidades, para prevenir los daños que futuras Leyes puedan ocasionar.

La interpretación que hizo la Corte Constitucional del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, no se ajustó a Derecho, en lo que se constituye como el único caso en el mundo, en que un Tribunal Constitucional haya aprobado dos Leyes que vulneraron más de cien artículos de la Constitución de Colombia y que luego la Corte Constitucional por mayoría absoluta de de sus integrantes declaró ajustadas a la norma superior.

El contenido esencial de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho colombiano, constituye motivo de especial interés, porque ya es hora de que el Legislador se aparte de las acciones y omisiones graves en que ha incurrido y que le siguen ocasionado daños al país, como aconteció recientemente con el Acto Legislativo que aprobó la reforma a la justicia, que luego del rechazo de la población fue archivada irregularmente.

⁸⁴⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, art. 49, 5.

De esta tarea se puede decir, que aún cuando en el Derecho español, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador se considera un asunto resuelto, la aplicación de la Ley antitabaco y la normativa que suprimió las primas a las renovables, lograrían nuevamente llevar a la doctrina y a la jurisprudencia a pronunciarse para articular una nueva teoría. Esta será una oportunidad que tendrá el Tribunal Supremo para resolver la polémica.

De otro lado, constituiría una importantísima novedad el hecho de que, por primera vez el juez español en todos los casos que decida la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado legislador se fundamente en el principio de la falla del servicio, lo cual significaría ir más allá de la confianza legítima. Así mismo, que el juez colombiano en los asuntos en que declare la responsabilidad legislativa se apoye en el principio de la falla del servicio, superando la igualdad ante las cargas públicas.

Las críticas que esta memoria contiene, no constituyen un capricho; están expuestas en la misma línea que lo hizo en la doctrina española mi director D. Juan Alfonso Santamaría Pastor, quien al prologar su libro, “La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, bajo el título “Un prólogo de conveniente lectura”, indicó⁸⁴⁶:

“He adoptado una perspectiva crítica en parte por necesidad de desahogo –no puedo negarlo-, pero ante todo porque me parece la mejor técnica de enseñanza de la Ley para aquellos que la conocen solo superficialmente. Hace años que caí en la cuenta de que los preceptos que mejor he llegado a conocer de la Ley son aquéllos que me he visto forzado someter a crítica, cuando su aplicación me llevaba a callejones sin salida, o a direcciones contrarias a toda racionalidad; y es lógico que sea así, porque la censura racional de un precepto incompleto o insatisfactorio es la más poderosa fuente de ideas y de argumentos. El conocimiento, decía Michel FOUCAULT, solo nace de la confrontación crítica con el objeto”.

⁸⁴⁶ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Ob, Cit, pp, 36-37.*

Bibliografía

- 📖 ALCÁNTARA Manuel y MARTÍNEZ Antonia. *Política y gobierno en España*. Colección 2. Ciencia Política. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. España 1997.
- 📖 ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia. 2001.
- 📖 ALONSO GARCÍA, María Consuelo. La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.
- 📖 ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Revista Cuadernos de Derecho Local*. Edición Fundación Privada Democracia y Gobierno Local. No. 19. Madrid, España, febrero de 2009.
- 📖 ALONSO GARCÍA, Ricardo y SARMIENTO Daniel. *La Constitución Europea*. Texto, antecedentes, explicaciones. Edit. Thomson Civitas. Madrid 2005.
- 📖 ÁMBITO JURÍDICO. Ediciones consultadas, correspondientes al año 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.
- 📖 ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2000.
- 📖 BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Editorial Cívitas. Madrid, 1985.
- 📖 BIBLIA DEL MINISTRO. Editorial Vida, 1994. Miami, Florida 33166, Estados Unidos.

- 📖 BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los Vicios en el Procedimiento Legislativo*. Centro de Estudios constitucionales. Madrid 1991.
- 📖 BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Estado*. Ediciones Fondo de Cultura Económica. Bogotá 1997.
- 📖 BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. *Responsabilidad Patrimonial del Legislador*. Edit. LEGIS, Bogotá, D.C. 2007.
- 📖 BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Editorial Leyer. Bogotá, 2003.
- 📖 CAPO GIOL, Jordi. *La legislación estatal en la España democrática. Una aproximación politológica*. Cuadernos y debates. Centro de estudios constitucionales. Madrid, España. 1990.
- 📖 CHECA GONZÁLEZ, Clemente. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas por la aplicación de actos legislativos*. Edit. Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia 2003. Vol. III.
- 📖 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá D.C. Legis Editores S.A.
- 📖 CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, Edit. Aranzadi. Thomson Reuters. Madrid. 2010
- 📖 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Editorial Leyer 2012.
- 📖 CÓDIGO DE POLICÍA DE BOGOTÁ. Acuerdo 79 de 2003
- 📖 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Bogotá D.C. Edit. LEYER. Bogotá, 2010.

-
- 📖 CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Edit. Civitas-Thomson Reuters. Biblioteca de Legislación. Madrid 2010.
- 📖 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, de 1886. Ministerio de Gobierno de Colombia. 1990.
- 📖 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, de 1991. Bogotá D.C., Legis Editores S.A., Actualizada 2012.
- 📖 CORDECH, Pablo Salvador. *La forma de las Leyes. 10 Estudios de técnica legislativa.* GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Edit, Bosch, Barcelona 1986.
- 📖 DE AQUINO, Tomás. *Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo Sobre el Gobierno de los Príncipes.* Edit. Porrúa, S.A. México 1985.
- 📖 DE ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento.* Edit, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid 1995.
- 📖 DE VITORIA, Francisco. *La Ley.* Estudio preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado. Edit. Tecnos, Madrid, 1995.
- 📖 DEL CASTILLO, Pilar y CRESPO, Ismael. *Cultura política,* Edit. Tirant lo blanch. Valencia España. 1997.
- 📖 DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Ancienne Librairie Fontemoing & C, Editeur, Tome Troisième. Paris 1923.
- 📖 F. GARRIDO, Falla. *Sobre la responsabilidad del estado Legislador.* Revista de Administración Pública. Tomo 118, 1989.

- 📖 FIORE, Pascuale. *Traducido del italiano* por AGUILERA DE PAZ, Enrique. De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1927.
- 📖 FRIEDRICH, Carl Joachim. *La Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997.
- 📖 GALÁN VIOQUE, Roberto. *La Responsabilidad del Estado Legislador*. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 2001.
- 📖 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomos I y II. Edit. Civitas, Madrid 1998. 823p y 720p.
- 📖 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*. Edit. Civitas. Thomson Reuters. Madrid 2011.
- 📖 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*. Editorial Thomson Civitas, Aranzadi S.A. Madrid 2005.
- 📖 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo . *Reflexiones Sobre la Ley y los Principios Generales de Derecho*. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1984.
- 📖 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Editorial Aranzadi, S.A. 2006.
- 📖 GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia un control constitucional de la calidad de las leyes?* Edit. Aranzadi. 2010.
- 📖 GARRIDO MAYOL, Vicente. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Especial Referencia a la Responsabilidad del Estado legislador*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2004.


-
- 📖 GÓMEZ POSADA, José Fernando. *Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia*. Editorial Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2003.
- 📖 GÓMEZ PUENTES, Marcos. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997.
- 📖 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas*. Edit. Aranzadi S.A. Navarra 2006.
- 📖 LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Editorial Astrea. Segunda edición, Buenos Aires, 2002.
- 📖 HART, H.L.A. – DWORKING, Ronald. EL DEBATE. *La Decisión Judicial*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de Los Andes. 3ª Reimpresión 2000.
- 📖 HENAO, Juan Carlos. *El Daño – Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Colombia. 1998.
- 📖 HOFMANN, Hasso. *Filosofía del derecho y del Estado*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.
- 📖 HOYOS DUQUE, Ricardo. *La Responsabilidad Patrimonial de La Administración pública*, Edit. Temis. Bogotá 1984.
- 📖 J. CALVO VERGES. *Base imponible del IVA en operaciones interiores: Análisis de las subvenciones como concepto integrante de la misma y de su tratamiento en la regla de la prorrata, en torno a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2006*. Impuestos La Ley, 2006.

- 📖 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.
- 📖 Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos. 2ª Edición. Madrid 1999.
- 📖 Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. Editorial trillas, México 2003
- 📖 LA BIBLIA DE LAS AMÉRICAS. Edit. *Foundation Publications Anaheim, California* 92817, 1997, Estados Unidos de América.
- 📖 LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. *Aclaraciones y Salvamentos de Voto*. Edit. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá. 1996.
- 📖 LONG, Marceau y Otros. *Los Grandes Fallos de La Jurisprudencia Administrativa Francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, D.C. 2000.
- 📖 MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Edit. Trotta. Madrid. 1998.
- 📖 MENDONCA, Daniel. *Introducción al análisis normativo*. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios constitucionales Madrid, 1992, pp. 21; citando a Wittgenstein, L; Investigaciones filosóficas.
- 📖 MENDOZA LOSANA, Ana Isabel. *Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo SE HAN ACABADO LOS INCENTIVOS A LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA*.
- 📖 MESA POSADA, Carlos Augusto. *La Ley Natural en Santo Tomás*. Prólogo de HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. Edit. Instituto de Humanidades de La Universidad de La Sabana. Bogotá, 1998.

-
- 📖 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración*. Editorial Civitas. Madrid.
- 📖 MOLINA, Manuel. *La ley más antigua. Textos legales sumerios*. Edicions de la Universitat de Barcelona. Trotta. 2000.
- 📖 MONTORO CHINER, María Jesús. *Adecuación al ordenamiento y factibilidad*. Presupuestos de calidad de las normas. Cuadernos y debates. Centro de Estudios Constitucionales. Serie de técnica legislativa II, Madrid, España. 1989.
- 📖 MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislator en Materia Tributaria y Vías para Reclamarla*. Editorial Aranzadi S.A. Madrid 2009.
- 📖 NAVARRO SUSINO, Consuelo. *El nuevo reto de las energías alternativas*. Medio Ambiente y Derecho.
- 📖 ORDOÑEZ SOLIS, David. *La prueba en el Procedimiento Contencioso-Administrativo*. Editorial Reus S.A. Impreso en España.
- 📖 OSORIO, Ángel. *El Alma de la Toga*. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina. 1989.
- 📖 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991.
- 📖 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Cuarta edición revisada y actualizada. Edit. Tirant lo Blach. Valencia, 2011.
- 📖 PLATÓN. *Diálogos*. Editorial Bedout. Medellín 1982.

- 📖 PULIDO QUEVEDO, Manuel. *Código de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra) 2001.
- 📖 RAWLS, John. *Teoría de La Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México 1997.
- 📖 REVISTA, Jurisprudencia y Doctrina. Tomos XXXII, No. 383. Noviembre de 2003; XXXIII, No. 387. Marzo de 2004.
- 📖 REVISTA, (REDA). Editorial Thomson Civitas. No. 117, enero –marzo 2003.
- 📖 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Edit. Temis. Bogotá 1999.
- 📖 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Edit. Temis. Bogotá, 2005.
- 📖 ROMBOLI, Roberto. “Italia” en Eliseo Aja (Ed) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- 📖 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003.
- 📖 SALVADOR CODERCH, Pablo. *Curso de Técnica Legislativa GRETEL*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989.
- 📖 SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Apuntes de derecho administrativo*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid, 1982.
- 📖 SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Edit. Iustel Portal de Derecho S.A. Madrid 2010.

-
- 📖 SANTAMARÍA PASTOR, Juan.. *La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador*. Revista de Administración Pública No. 68, 1972
- 📖 SANTOFIMIO G., Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. T-II. Universidad Externado de Colombia, 3ª. Edición. 1998.
- 📖 SANZ LARRUGA, Francisco Javier. *Aproximación al régimen jurídico sobre los parques eólicos marinos: Una asignatura pendiente*. Prof. Titular de Derecho Administrativo. Observatorio del Litoral. Instituto de Estudios Marítimos. Universidad da Coruña.
- 📖 SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa*. Edit. Ibáñez. Bogotá, D.C., 2010,
- 📖 SUAREZ, Francisco SJ. *Las Leyes, Sección Teólogos Juristas*. Tratado de las Leyes y de Dios Legislador. Instituto de Estudios Políticos Madrid, MCMLXVIII, 1967, Volumen I.
- 📖 SUAREZ LLANOS, María Leonor. *El sueño de la Codificación y el despertar del derecho*. Universidad de Oviedo. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676
- 📖 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La Responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Edt. Temis, Bogotá. 2000.
- 📖 UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *La responsabilidad en derechos humanos*. Edit. Imprenta Universidad Nacional. 1996.
- 📖 VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo*. Santa Fe de Bogotá D.C. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.
- 📖 VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Edit. Legis, 1999.

-  VON SAVIGNY, Federico Carlos. *Las fuentes jurídicas y la interpretación de la ley*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia. 2005.

Direcciones electrónicas consultadas

OMS, www.cancerpulmon.es. Enfermedades crónicas OMS Europa, Sitio web de la Oficina Regional de la OMS para Europa sobre las ENT Estudio del Centro Internacional de Investigación sobre el Cáncer (CIRC): <http://www.iarc.fr>
[www.público.es](http://www.publico.es)
www.eltiempo.com
www.economíadelaenergía.com/energíaeólica/
www.aeeolica.org
www.sapa-solar.com/spain/fotovoltaica/index.html
www.cne.es
<http://wikipedia.org/wiki/>
www.cica.es/aliens/
www.gomezacebo-pombo.com
www.saberderecho.com
www.eleconomista.es
www.semana.com.co
www.ambitojurídico.com
www.uscourts.gov/EducationalResources/ConstitutionResources/LegalLandmarks/HistoryOfBrownVBoardOfEducation.aspx
www.ruc.udc.es/ds
www.tribunalconstitucional.es
www.trbunalsupremo.es
www.corteconstitucional.gov.co
www.consejodeestado.gov.co
www.cortesupremadejusticia.gov.co
www.senado.gov.co
www.elpaís.com